

INSTITUCIONES
JURÍDICAS EN
PERSPECTIVA
COMPARADA

Carlos Ramírez Romero
Coordinador

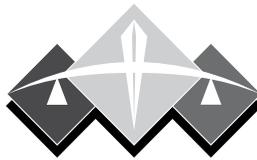


CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta

Instituciones Jurídicas en Perspectiva Comparada

Carlos Ramírez Romero



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA
Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta

Instituciones Jurídicas en Perspectiva Comparada

San Francisco de Quito D.M., enero 2017

Ecuador. Corte Nacional de Justicia
Instituciones Jurídicas en Perspectiva Comparada / Corte Nacional de Justicia. 1ª ed.-
Quito, Corte Nacional de Justicia, mayo 2017
252 p.; 17,0 x 23,0 cm.-
Coordinador: Dr. Carlos Ramírez Romero
1. Instituciones Jurídicas en Perspectiva Comparada. 2. Ecuador
Catalogación en la fuente: Biblioteca Corte Nacional de Justicia

Dr. Carlos Ramírez Romero
Presidente de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador

Editores:

Carlos Ramírez Romero
Juan Montaña Pinto

Diseño y diagramación

Santiago González
Edison Proaño

Comité editorial

Carlos Ramírez Romero
Álvaro Ojeda Hidalgo
José Luis Terán Suárez
Miguel Antonio Jurado Fabara
María Rosa Merchán Larrea
Merck Milko Benavides Benalcázar
Carmen Rocío Salgado Carpio
Juan Montaña Pinto

Impresión

Jefatura de Biblioteca, Gaceta y Museo
de la Corte Nacional de Justicia

Primera edición, mayo 2017
Quito, Ecuador

Índice

Estudio Introdutorio	7
<i>Carlos Ramírez Romero</i>	
Derecho Tributario	25
El recurso definitivo en control jurisdiccional en materia tributaria	27
<i>Dario Velástegui</i>	
Derecho Laboral	63
A igual trabajo, igual remuneración en el derecho laboral	65
<i>Merck Benavides</i>	
Derecho de Familia	93
Del cuidado compartido de los hijos	95
<i>María Rosa Merchán Larrea</i>	
Las uniones de hecho en el Derecho Iberoamericano	135
<i>Enric Casadevall Medrano</i>	

Derecho Constitucional	185
El juez ordinario y la aplicación de la Constitución al administrar justicia	187
<i>Manuel Agustín Chamba</i>	

ESTUDIO INTRODUCTORIO

Desde la revolución francesa hasta la actualidad, hemos experimentado el surgimiento de una sociedad que se organiza políticamente y se da una Constitución como norma para regir su convivencia; y, en esa línea, desde la aparición del *leviatán* asistimos a la consolidación de Estados soberanos y autosuficientes, lo cual implica, esencialmente, la existencia de una independencia política y el rechazo de condicionamientos externos.

En tal perspectiva, hoy en día, cada Estado se pretende capaz de tener sus propias fuentes normativas para disciplinar las relaciones sociales, definir sus principios organizativos esenciales, así como para buscar la eficacia de su ordenamiento jurídico. La idea que surge de ser un Estado, es la posibilidad de auto determinarse: de establecer un sistema de gobierno, un régimen político, y con ello de establecer la institucionalidad que sirva para garantizar la convivencia de su sociedad; sin embargo, «la autosuficiencia de un ordenamiento estatal y, por tanto su idoneidad para cubrir con su propia normativa todas las situaciones que se consideren merecedoras de disciplina, no excluyen la existencia de conexiones con otros ordenamientos externos»¹.

¹ De Vergottini Guiseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, México, UNAM/Secretariado Europeo Per le Pubblicazioni Scientifiche, Traducción de la 6ta edición italiana por Claudia Herrera, 2004, pág. 1.

Ello sucede, especialmente, porque la dinámica de la sociedad actual constituye un fenómeno complejo. Las personas se relacionan entre sí, tanto fuera de las fronteras geográficas de sus países como dentro de ellas; se involucran con la institucionalidad de sus propios Estados, con la de otros países que se encuentran próximos, e incluso con aquellos que se encuentran lejanos; la economía, el comercio, la política o la educación, son tan solo algunos ejemplos, de que en la actualidad, las actividades humanas no se encuentran limitadas estrictamente al orden geográfico de un país.

La era digital ha venido a acentuar esa tendencia expansiva, a tal punto que se ha dicho que vivimos en la sociedad red², y que «internet es el tejido de nuestras vidas»³. El derecho como instrumento para garantizar la convivencia pacífica de las personas, en sociedad, tiene la función de normar las diversas situaciones humanas; y, en un escenario de enorme complejidad como el actual, surge la necesidad de abordar lo que, hemos llamado «derecho comparado».

La comparación goza de una larga tradición en el escenario jurídico. Y es que, la ciencia jurídica recurre de forma constante a la comparación, porque los hechos y circunstancias de vida que están regulados por el derecho son comparables: la Constitución sienta las bases del orden jurídico, y con ello crea la institucionalidad, reconoce derechos, establece garantías; el legislador crea normas

² Castells Manuel, *La era de la información*, Madrid, Alianza Editorial, Vol. I, trad. de Carmen Martínez y Jesús Alborés, 2009, pág. 549 y ss.

³ Castells Manuel, *La galaxia internet*, Madrid, Alianza Editorial, trad. de Raúl Quintana, 2001, pág. 15.

generales y abstractas; la administración ejerce su poder –al menos así debe hacerlo– con fundamento en el Estado constitucional y el principio de legalidad; y, los jueces, tienen que dar sentido a su decisión combinando elementos heterogéneos, es decir, tanto cuestiones fácticas como normativas.

Por supuesto, el denominado derecho comparado –o la comparación jurídica, que se usa aquí como sinónimo– no es un fenómeno nuevo; pues como ha señalado cierta doctrina la comparación en el Derecho tiene sus orígenes en la antigüedad: el estudio de ordenamientos jurídicos ajenos para obtener conclusiones y establecer la pertinencia de su aplicación, ha sido una práctica bastante recurrente a lo largo de la historia, aunque no siempre se ha denominado comparación:

En Grecia, se pueden encontrar estadistas como Licurgo en Esparta y Solón en Atenas que realizaban viajes a diversas ciudades importantes del mundo antiguo donde habrían de conocer su legislación [...]

En las obras literarias de los filósofos como Platón y Aristóteles, especialmente en diálogo de las “Las Leyes” del primero y en el de “La Política” del segundo, se contienen diversos pasajes en los que se pone de manifiesto su conocimiento sobre las constituciones y leyes de Grecia y de otros pueblos de la antigüedad, producto de la observación directa de la fuente jurídica y de su aplicación.

En Roma no era desconocida la comparación del derecho. Los decenviros romanos que formularon la Ley de las XII Tablas hubieron de conocer leyes extranjeras, especialmente, las leyes de los griegos. Cicerón, en sus obras de “La República” [De re publica] y las “Leyes” [De Legibus], no pocas veces invoca las obras de Platón y Aristóteles, citando pasajes donde se hace alusión a diversas constituciones con comentarios sobre su trascendencia, lo cual permite formular consideraciones en parangón con la constitución romana que consideraba como una constitución ejemplar. Anteriormente a Cicerón, el historiador Polibio de Megalópolis, en su obra “Historia universal en la época de la república romana”, se refiere en términos comparativos a las constituciones de Roma anteriores a la República.

Los jurisconsultos romanos practicaban, francamente, la comparación jurídica en el camino que hubieron de recorrer hasta llegar al Jus Gentium. Se sabe que el derecho romano lo comparaban con los “derechos peregrini”, es decir, los derechos extranjeros, y que los resultados de estas tareas dieron lugar al surgimiento del “derecho de gentes” que con el tiempo llegó a ser considerado como el derecho común de los pueblos del mediterráneo⁴.

La Edad Media fue, desde el punto de vista cronológico, el período de desarrollo de la comparación en Europa. A raíz de las invasiones bárbaras, por un interés

⁴ Mireles Quintanilla Gustavo, *El derecho comparado. Ensayo sobre una reconstrucción histórica desde la antigüedad hasta la época contemporánea*, Nuevo León (México), Universidad Autónoma de Nuevo León, 2000, pág. 23-24.

práctico derivado de la coexistencia del derecho de los conquistadores con el de los pueblos conquistados se realizaron estudios del derecho longobardo, derecho canónico y derecho romano; también como nace la escuela de los glosadores, quienes hicieron las compilaciones justinianas. Las escuelas de Bolonia, Babia, Pisa y Padua se constituyeron en centros de atracción para clérigos y laicos provenientes de otros países, debido a que sus profesores de Derecho habían adquirido notable fama en Europa; así por ejemplo, Carlo de Tocco publicó una obra donde se comparaban los principios del Derecho longobardo con los principios del Derecho romano –la famosa glosa Lombarda– que se convirtió en un modelo de referencia para las escuelas y tribunales italianos⁵.

La época moderna no estuvo exenta de estudios relacionados con la comparación jurídica. Suele señalarse que el propio Montesquieu, en su obra “El espíritu de las leyes”, en distintos pasajes recurría a la comparación para ilustrar sus ideas, incluso realizaba una exposición detallada de la Constitución de Inglaterra, en la que no se limitaba a señalar sus aspectos jurídicos sino también a presentar sus realidades subyacentes, esencialmente sobre la forma de gobierno (separación de poderes). De su parte, en Alemania, Johann Heinrich Gottlob Von Justi analizó las denominadas constituciones bárbaras, donde realizó un estudio de la forma de organización estatal de diferentes sociedades orientales comparándola con la civilización europea.

Por ello, Rolando Tamayo y Salmorán señala que «la comparación de normas e instituciones jurídicos ha

⁵ Scarciglia, Roberto, Introducción al Derecho Constitucional Comparado, Madrid, Dickinson, 2011, pág. 32.

existido desde la aparición de la jurisprudencia»; y, que autores como Friedrich von Savigny, Rudolf von Ihering u Otto von Gierke, entre tantos otros, aunque no se denominasen comparatistas (o autores de derecho comparado), hacían lo que siempre habían hecho: describir el orden jurídico o una parte de él, de conformidad con los cánones de la interpretación jurídica, agregando los resultados de la confrontación⁶.

De ello se deriva que, la expresión derecho comparado, empieza a usarse a partir del año 1900, con la organización del Congreso de Derecho Comparado en París. Tal evento representa, ante todo, un momento especulativo del Derecho comparado y el utopismo de sus fines: lo más característico de este acontecimiento fue la ideal consideración del Derecho comparado al servicio de la realización de un Derecho universal común a todos los Estados⁷.

Respecto de la naturaleza y significado del *derecho comparado*, Fix-Zamudio ha señalado las diferentes denominaciones que suelen usarse, como «método jurídico comparativo», «comparación jurídica» y «estudios jurídicos de derecho», aunque precisaba que derecho comparado es la expresión «más generalizada»:

Si bien se han impuesto, al menos en los idiomas latinos el nombre “*derecho comparado*” (*diritto comparato*, *droit comparé*, *direito comparato*), así como en inglés (*comparative law*), para designar el sector del conocimiento

⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando. “Teoría jurídica y “derecho comparado”. Una aproximación y un deslinde”, *Revista Isonomía*, No. 27, octubre de 2007, pág. 35 y ss.

⁷ González-Varas Santiago, “Presente, pasado y futuro del Derecho comparado”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Vol. 26, No. 3, 1999, pág. 655.

que estudia la comparación de los ordenamientos jurídicos, debemos estar conscientes de que esta denominación no es estrictamente correcta, sino que se acerca más a la realidad que utilizan los tratadistas alemanes: *Rechtsvergleichung* (literalmente, comparación jurídica)⁸.

En la actualidad, es común acudir a la comparación de ordenamientos; incluso, hace ya mucho tiempo un autor inglés haría notar que la denominación derecho comparado se usa para identificar aquello que los alemanes referían como «un proceso de comparación, libre de cualquier implicación de la existencia de normas que formen una rama distinta o un área específica del derecho»⁹.

El asunto esencial, inclusive para optar por la denominación, pasa no sólo por una opción lingüística sino también por comprender su objeto, naturaleza y finalidad. En esa línea, algunos autores señalan que derecho comparado comprende a una disciplina autónoma que ha alcanzado el grado de ciencia; mientras que para otros es solamente un método de investigación que se aplica en el ámbito del Derecho, especialmente en el derecho positivo vigente. Para avanzar en esa línea, debemos considerar lo referido por Sarfatti:

La sola exposición de derechos extranjeros, aunque sea hecha paralelamente, pero limitada al simple conocimiento de estos derechos, no puede aspirar a la categoría de ciencia, que exige en todo caso una cierta síntesis; es un estudio ciertamente útil, pero sólo como

⁸ Fix-Zamudio Héctor, “La modernización de los estudios jurídicos comparativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, 1989, pág. 65.

⁹ Gutteridge, H. *Comparative law. An Introduction to the comparative Method of Legal Study & Research* (Cambridge: Cambridge University Press, 1946, pág. 1.

abstracto para el derecho comparado y simple complemento de cultura jurídica sin la preocupación suficiente para penetrar las causas principales de la diversidad jurídica y estudiar sus consecuencias sociales. Dicha exposición prepara la elaboración del derecho comparado pero no constituye su esencia. Hecha escrupulosamente provee al conocimiento de las leyes, pero no a su comparación. Esta requiere algo más que la exposición de textos legislativos, la de su funcionamiento práctico a través de la jurisprudencia respectiva, en relación a los diferentes ambientes jurídicos¹⁰.

De manera que, no debemos confundir al derecho comparado con la exposición de normas jurídicas de países extranjeros, sin otra finalidad que la de informar sobre su existencia; en lo esencial, porque la comparación jurídica trasciende los límites del ordenamiento jurídico concreto, para analizar no sólo la regulación normativa propia sino también para ponerla en relación con la regulación de otro u otros países, inclusive para conocer su eficacia práctica. La doctrina alemana ha identificado que la comparación jurídica tiene fines epistemológicos, así como fines de naturaleza jurídico-política¹¹; y, que algunos de esos fines pueden estar interrelacionados.

Se dice que la comparación permite tomar distancia en relación al propio ordenamiento jurídico; y, en ese sentido, que su utilización permite evidenciar las particularidades, ventajas y desventajas del ordenamiento jurídico propio en relación con otros ordenamientos. Así por ejemplo, un

¹⁰ Sarfatti Mario, *Introducción al estudio del Derecho comparado*, México, UNAM, 1945, pág. 56 y ss.

¹¹ Sommeermann Karl-Peter, “La importancia de la comparación jurídica para la evolución del Derecho Público Europeo”, publicado en *Investigación de Derecho Comparado*, Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2005, pág. 529-530.

estudio sobre la justicia administrativa en Francia permitiría evidenciar que su principal objetivo es el control de legalidad objetiva, mientras que en Alemania tiene como finalidad primaria garantizar derechos subjetivos públicos; en ese escenario, un análisis demasiado formal podría hacer pensar que alguno de los dos regímenes jurídicos ofrece mayor protección a las derechos de las personas respecto de las actuaciones de la administración pública, no obstante, un análisis de derecho comparado permitirá evidenciar la naturaleza propia de cada sistema, sus ventajas y desventajas, a fin de obtener conclusiones sobre el nivel de protección.

En otro sentido, comparar permitiría acceder a la «sabiduría empírica acumulada»; es decir, que a través del derecho comparado se puede llegar a establecer cuanto ha evolucionado un derecho respecto de otro, y analizar las soluciones concretas respecto de cada situación normada. Así, podríamos evaluar procedimientos, instituciones o garantías concretas en función, no sólo de su adopción normativa sino de su funcionamiento de acuerdo a las distintas realidades sociales, a fin de evitar trasplantes jurídicos acrílicos; en esa línea, un análisis de derecho comparado nos permitiría evaluar el funcionamiento de garantías constitucionales, procedimientos de derecho administrativo, civil o penal.

Desde otra perspectiva, la comparación permitiría una mejor aplicación del derecho, así como encontrar soluciones a los problemas de vacíos y lagunas normativas; en lo fundamental, porque el acceso a la jurisprudencia extranjera permite acceder a la argumentación e interpretación de

diversas instituciones jurídicas como elementos que permita una mejor comprensión de su significado, así como sobre el significado y aplicación de principio generales.

El derecho comparado, también provee material empírico para los análisis de Teoría y Filosofía del Derecho.- Mediante la comparación se puede acceder a un conjunto de fenómenos de la vida real, que muchas veces no ocurren ni se presentan en un determinado país pero que ocurren en otros países; lo cual resulta importante, porque un determinado país habrá establecido una interpretación y fijado un estándar concreto en función de tales hechos.

Un autor de la talla de Peter Häberle ha expresado que la comparación jurídica comprende dos facetas: desde la perspectiva histórica, en cuanto la comparación permite acceder a la evolución de las instituciones concretas; y, en una dimensión geográfica, en cuanto la comparación permite conocer un determinado objeto de estudio desde la perspectiva de diferentes lugares. En ese sentido, ha sostenido que la comparación jurídica debe comprenderse como “quinto” método de la interpretación, en tanto la comparación no se limite a una exposición de otros textos jurídicos sino que se extienda a una dimensión cultural (en su caso particular, a los derechos fundamentales)¹².

En esa línea, la academia ha hecho notar un déficit de comparación en estudios de investigación académica en trabajos para acceder a la titulación de grado, máster o doctorado, así como ha señalado los principales aspectos

¹² Häberle Peter, *El Estado Constitucional*, México, UNAM, Trad. del Alemán de Héctor Fix-Fierro, 2003, pág. 162.

que deberían considerarse al emplear la comparación en los ámbitos de la docencia e investigación¹³. También esa doctrina, da cuenta del creciente interés, tanto en América como en Europa, de la docencia en asignaturas que se denominan derecho comparado y su contenido como rama del saber en las distintas Facultades de Derecho, ya sea en programas de pregrado como de posgrado¹⁴. Es más, una revisión exhaustiva permite identificar la existencia de revistas e investigaciones especializadas sobre el desarrollo del derecho comparado; es decir, para analizar el estado y su grado de evolución no solo como método sino también como ciencia y disciplina¹⁵.

De las posturas existentes en la doctrina y la academia, pasamos a un escenario donde la discusión sobre la pertinencia de la utilización de la comparación jurídica es más álgida: el ámbito judicial. El escenario más patente donde se ha presentado esa discusión han sido los casos constitucionales, particularmente los relativos al ejercicio de los derechos que se han motivado, decisiones de los Altos Tribunales de los diferentes países ; tal debate ha sido explicitado incluso en la Suprema Corte de Estados Unidos:

[...] se debe, principalmente, a tres sentencias recientes de gran trascendencia. La primera de estas decisiones fue *Atkins v. Virginia*, sentencia en la cual la CSJ consideró que imponer una pena capital a personas con

¹³ Durán Bernardino, Manuel. “El Derecho comparado en la investigación”, *Calidad, docencia universitaria y encuestas: Bolonia a coste cero*, Andalucía, Asociación de Mujeres Laboralistas de Andalucía, 2016, pág. 250.

¹⁴ Morán Gloria, “El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”, *Anuario de la Facultad de Derecho da Universidade da Coruña*, España, No. 6, 2002, pág. 501-502.

¹⁵ Véase como ejemplo de ello, Javier García Roca, “El desarrollo de la comparación jurídica como ciencia y como material en la enseñanza en España”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 14, 2014.

retraso mental era inconstitucional. Luego, en *Lawrence v. Texas*, la Corte decidió declarar inexecutable una norma del Estado de Texas que prohibía las relaciones sexuales consentidas entre homosexuales. Finalmente, en *Roper v. Simmons*, la Corte decidió que la imposición de la pena de muerte a personas que cometieron delitos cuando eran menores de edad – antes de cumplir los dieciocho años – violaba la Constitución¹⁶.

A la par de esas decisiones, en el año 2005, los *Justices* de la Corte Suprema de Estados Unidos, Antonin Scalia y Stephen Breyer, en un encuentro organizado por la Universidad de Washington DC intercambiaban ideas sobre el uso de jurisprudencia extranjera en los casos constitucionales¹⁷.

Aunque lo señalado, constituyen únicamente unas líneas generales en torno al debate que suscita la utilización de la jurisprudencia extranjera en el marco de un caso sometido al máximo órgano judicial de un Estado, no es menos cierto que cada vez resulta más habitual que esos Altos Tribunales hagan uso expreso tanto de normas, como de jurisprudencia extranjera en sus decisiones.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania no ha dudado en recurrir a los textos constitucionales como a la jurisprudencia constitucional extranjera para establecer

¹⁶ Pablo Benjumea Gutiérrez, “Críticas vacías: la controversia sobre el uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, No. 1, año 12, octubre de 2011, pág. 114.

¹⁷ Santiago Legarre y Cristóbal Orrego, “Los usos del derecho constitucional comparado y la universalidad de los derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, No. 88, enero/abril de 2010, pág. 12.

el contenido concreto del derecho constitucional alemán (esencialmente, el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental); así por ejemplo ha utilizado jurisprudencia y literatura de Suiza, Austria, Italia y Estados Unidos para establecer el ámbito protegido del domicilio –de acuerdo al artículo 13 de la Ley Fundamental alemana-; así como ha optado por una metodología de derecho comparado para resolver sobre la constitucionalidad de la prisión perpetua, y la existencia (o no) de límites en la delegación de poderes soberanos.

De su parte, el Tribunal Constitucional español, desde los inicios de su actividad jurisdiccional ha hecho uso de la jurisprudencia constitucional de otros países como parte de la motivación de sus decisiones. Por ejemplo ha recurrido a las sentencias del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, así como a decisiones de la Corte Constitucional italiana para resolver un asunto relacionado con el artículo 22 de la Constitución de España; a saber, si el derecho de asociación incluye una variante negativa, esto es, la ausencia de filiación obligatoria. Pero no ha sido la única decisión donde puede notarse aquello; pues, un reciente estudio da cuenta que en el periodo comprendido entre 1980 hasta el 31 de julio de 2016, el derecho comparado ha estado presente en el Alto Tribunal al menos en 85 ocasiones; de las cuales, en 51 ocasiones el Tribunal ha utilizado el derecho comparado como fundamento jurídico de sus autos o sentencias (recursos de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad o recursos de amparo)¹⁸.

¹⁸ Tenorio Pedro, “El Derecho Comparado como argumento de las decisiones del Tribunal Constitucional español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 108, septiembre-diciembre de 2016, pág. 280 y ss.

En escenarios más próximos, la Corte Constitucional de Colombia ha recurrido en algunas ocasiones al uso de legislación y jurisprudencia comparada. En la sentencia C-355/06, al conocer de una demanda de inconstitucionalidad sobre la responsabilidad penal derivada del aborto, la Corte realizó un análisis de derecho comparado poniendo énfasis especial en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, el Tribunal Constitucional Federal alemán y el Tribunal Constitucional español. Más tarde, en la sentencia C-748/11, la Corte colombiana recurrió al derecho comparado para referirse a los modelos de protección de datos, y particularmente a la autoridad de protección de datos personales en países como España, Portugal, Argentina y Uruguay.

Pero la Corte Constitucional colombiana no se ha limitado al empleo del derecho comparado para resolver temas referentes al control de constitucionalidad, sino también para resolver cuestiones concretas. Por ejemplo, la sentencia T-832/11, recurre a un estudio de derecho comparado para establecer la realidad entre el principio de laicidad y libertad religiosa en el ámbito de la educación; más tarde, la sentencia T-970/14, contiene un acápite en el que se analiza, desde la perspectiva del derecho comparado, la regulación normativa del derecho a morir dignamente, particularmente conforme la legislación de Estados Unidos, Bélgica y Holanda. En esa misma línea, encontramos la reciente sentencia T-594/16, que ha recurrido a un análisis de derecho comparado respecto de la actuación de la policía con fundamentos discriminatorios.

En Chile, algunos estudios dan cuenta que a partir del año 2006, ya se encuentran alusiones al derecho constitucional comparado, aunque ello se limita a los votos particulares (con-

currentes o disidentes). Por ejemplo, en la sentencia, Rol No. 480 de 27 de julio de 2006, en voto concurrente de los ministros Marcelo Venegas Palacios y Enrique Navarro Beltrán, estos establecen para reforzar su argumentación jurídica, el uso de jurisprudencia constitucional española, en materia de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones en el ámbito penal y administrativo sancionatorio; a su vez, otro magistrado, emplea el derecho comparado europeo, para explicitar las diferencias de enfoque en dicho contexto, como, asimismo, para establecer la diferencias entre el texto constitucional chileno y español sobre el derecho administrativo sancionador. En la sentencia Rol No. 546, los cinco ministros que rechazan el requerimiento analizan el uso de dicha institución por diversos ordenamientos jurídicos europeos y por algunas jurisdicciones como las de Italia, España, Colombia y Argentina.

Esa tendencia del Tribunal Constitucional chileno ha ido consolidándose, tanto que en el 2007 existe una mayor consideración al derecho comparado, tanto en la dimensión normativa (utilización de normas) como al acudir a la jurisprudencia. Se ha señalado en ese sentido:

En tres sentencias el Tribunal utiliza normas de derecho constitucional extranjero de Estados Unidos, Alemania, España, Francia e Italia (Roles No. 718, 759 y 773). Una sentencia se refiere a concepciones sobre justicia administrativa en el derecho positivo de diversos estados en referencia abstracta y sin precisión, lo que le permite sostener la existencia de diversos modelos de justicia administrativa, posibilitando algunas clasificaciones de ellos, determinando la existencia de opciones similares

a la chilena, lo que le permite considerar como legítimo el modelo nacional sobre la materia (Rol N° 616). Respecto de las citas de jurisprudencia de otros tribunales constitucionales, puede establecerse que doce sentencias citan jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (Roles No. 519, 527, 549, 576, 616, 664, 718, 759, 773, 783, 786, 790); en tres sentencias cita jurisprudencia de la Corte Constitucional alemana (Roles No. 616, 786, 790); en tres sentencias se cita jurisprudencia del Consejo Constitucional francés (Roles No. 616, 664 y 786); en dos sentencias hay referencias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Italia (Roles No. 616 y 786); en dos sentencias hay citas de jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú (Roles No. 718 y 786); en dos sentencias se cita jurisprudencia de la Corte Suprema de México (Roles No. 718 y 780), y en dos sentencias hay citas de fallos de la Corte Constitucional de Colombia (Roles No. 790 y 804)¹⁹.

Lo señalado permite evidenciar que, cada vez resulta más frecuente recurrir al uso derecho comparado en distintos escenarios; y, que esa comparación jurídica no sólo tiene interés académico. Y, si bien, dicha práctica lleva implícito un debate sobre la legitimidad o pertinencia de su utilización, no podemos negar su utilidad e importancia, tanto para el derecho positivo como para la aplicación del derecho.

¹⁹ Humberto Nogueira Alcalá, “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera y de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el periodo 2006-2011”, *Revista Estudios Constitucionales*, No. 11, 2013, pág. 232.

Por ello, en un primer esfuerzo hemos coordinado la presente obra que se ocupa de algunas instituciones jurídicas actuales, esperando que podamos continuar proyectando investigación y análisis de esta naturaleza.

Carlos Ramírez Romero
Quito, abril de 2017.

Derecho Tributario

El recurso definitivo en sede jurisdiccional en materia tributaria

Darío Velástegui
Conjuez de la Sala de lo Contencioso Tributario
de la Corte Nacional de Justicia

Introducción

Qué importante resulta conocer y analizar el modelo de administración de justicia de otros países, para tener la suficiente capacidad de identificar de manera adecuada criterios sobre lo acertado o desacertado que puede resultar un modelo procesal propio, ajustado a las realidades de cada país, así como analizar sus marcos procesales tributarios.

No es menos cierto, que la justicia ha diseñado a lo largo de los tiempos procesos estándar aplicables a todas o a la mayoría de materias del derecho, pero en muy pocos casos y legislaciones se ha establecido la necesidad de diseñar trajes a la medida dada la complejidad o especialidad de la materia; en este caso de estudio, nos referiremos a la materia tributaria, que si bien, goza de una extrema técnica jurídica se constituye en una de las ramas del derecho más complejas por su naturaleza, en consecuencia, se trata de campo bastante árido y poco estudiado, lo que ha hecho compleja su estructuración procesal en muchos países; a ello debemos sumar la alta formalidad del recurso de casación, generan en esta fase de control jurisdiccional, sea una de las más difíciles de acceder.

La realidad ecuatoriana en campo tributario es que, también ha dependido de procesos de orden general para su aplicación y los modelos establecidos que regían hasta el 22 de mayo de 2016, por cuanto, el sistema escrito generaba ciertos inconvenientes por la celeridad dada al despacho de estos procesos por la ambigüedad propia del componente técnico al momento de interponer una acción y presentar los documentos que justifiquen la pretensión judicial de las partes procesales, pues en muchas ocasiones el juzgador se ve obligado a revisar documentos adjuntos al

proceso interminables que dado su grado de complejidad ocasionan un retardo en la administración de justicia en esta materia. Esto se deja atrás, una vez implementado el sistema oral, ya que la misma exigencia que se tiene en el despacho de las causas en cumplimiento de los términos hace imperiosa la necesidad de que los administradores de justicia tributarios se involucren de manera responsable con adecuados conocimientos en la materia tributaria, con esto se fortifica la pertinencia de la prueba, pues solo se admitirá aquella que sirva para resolver el litigio, y de esta manera se precautelen los derechos de los contribuyentes, así como la eficacia de las administraciones tributarias, cada una en su medida y razón lógica del respeto tutelar de la justicia a aplicar.

Muchos juristas o profesionales del derecho podrán criticar los procesos judiciales orales, o se plantearán preguntas como: ¿De qué manera se garantiza que los juzgadores, despachen y administren justicia tributaria justa e inmediata, en respeto de los derechos tanto del contribuyente y de las distintas administraciones tributarias?

La respuesta a esta interrogante puede resultar compleja si seguimos aferrados a un sistema tradicional y caduco, ser abogados de escritorio cuyo único propósito se establece procesos escritos puros, en donde, por escrito se manifiestan “fundamentos” abundantes donde se confunde a la fundamentación de una demanda o contestación a la demanda con transcripciones abundantes e inentendibles que en lugar de abonar causan confusión sobre lo que desearía hacer conocer al juzgador, de estos abusos de citas doctrinarias, algunos profesionales del derecho esperan sorprender la inteligencia de los administradores de justicia, para aplicar la tan conocida frase de que “el papel aguanta todo”, en tanto que, si queremos responder la interrogante de una manera más proactiva y positiva, se podría decir que los procesos orales en materia tributaria permiten generar celeridad y prontitud en el despacho de las causas, esto de la mano de las adecuadas estrategias de los litigantes que deberán demostrar ante el juez los elementos para que genere su decisión soportada en derecho y con los elementos necesarios que la motiven.

Con esta síntesis, expongo los lineamiento para el desarrollo de este ensayo, al igual que formulo posibles interrogantes a un sistema nuevo adoptado en todas las ramas del derecho procesal en nuestro país, respecto de otras legislaciones y otros procedimientos de países vecinos, para poder entender el contexto de la oralidad judicial en materia tributaria y las ventajas del mismo.

1. Control Jurisdiccional

Para hablar de control jurisdiccional, previamente debemos hablar del principio de legalidad, el cual enmarca la obligatoriedad de que el Juez debe estar sujeto a lo que dispone la Ley; en consecuencia, se trata de un principio totalmente jurisdiccional y al mismo tiempo de garantía de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica.

El Estado ha previsto en la Constitución los mecanismos para hacer efectivos estos principios, pues se ha instituido una Función judicial, que tiene a cargo la administración de justicia, para que decida sobre la pretensión solicitada en base a derecho; en esa línea José Luis Terán expone: “En el Ecuador el debido proceso y la imparcialidad del juez, se ha caracterizado por ser tutelares de derechos y garantías, por tal motivo, las decisiones administrativas y jurisdiccionales que impliquen la intromisión en la esfera de los derechos de los contribuyentes, deben ser adoptadas estrictamente conforme a derecho y en estricto apego al principio de legalidad.”¹

En ese sentido, en lo que respecta al campo impositivo se ha dispuesto jurisdiccionalmente una instancia única para que el contribuyente y responsables puedan resolver las controversias que se susciten por los actos emitidos por las administraciones tributarias, mismo que devienen de una etapa administrativa; donde inicialmente se establecieron los puntos sobre

¹ Terán José Luis, *Principios Constitucionales y Jurídicos de la Tributación*, LC editora jurídica, Quito, pág. 54.

los cuales a las partes les asistía la norma. La no conformidad del agente sujeto al derecho tributario, respecto de la aplicación de las normas por parte de la administración, se ve garantizada a través de la Constitución de la República que ofrece al contribuyente la facultad de acceder a la vía jurisdiccional, para que en base a los hechos y pruebas aportadas a lo el juzgador, de manera imparcial y expedita, decida sobre el conflicto jurídico que generó el acto administrativo emitido por la administración pública, estableciendo de esta manera en primer término, el reconocimiento de derechos para el administrado y para la administración, generando un adecuado control de las potestades y la aplicación del derecho. Ernesto Jineza Lobo, respecto al control manifiesta: “parece ser que la única acepción unívoca trae causa de su finalidad, la cual se traduce en servir de instrumento o vehículo para hacer efectivas y concretas las limitaciones del poder.”²

Por tanto, se puede advertir que, si bien el Estado tiene la facultad de expedir actos administrativos de cumplimiento obligatorio, el mismo Estado establece medios de control jurisdiccional con la finalidad de otorgar garantías de seguridad y en respeto al administrado de hacer valer sus derechos de acuerdo a un control jurisdiccional atribuido a los jueces en cada materia para velar por los derechos y no permitir que se rebasen las competencias de cada órgano público sacrificando los derechos constitucionales y legales de los administrados.

El control jurisdiccional, nace de la Constitución, específicamente el artículo 76 numeral 1 dispone: “Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.” Así mismo, citando a Manuel Aragón, resulta importante considerar:

² Ernesto Jineza Lobo, “El Control Jurisdiccional de La Administración Pública”, disponible en http://www.ernestojineza.com/_revistas/control%20jurisdiccional%20de%20la%20administraci%C3%B3n%20p%C3%ABlica.pdf

[...]Limitación y control se presentan, pues, como dos términos fuertemente implicados, en cuanto que el segundo viene a garantizar, precisamente, la vigencia del primero. Poder limitado es, en consecuencia, poder controlado, pues limitación sin control significa, sencillamente, un contrasentido, es decir, una limitación inefectiva o irrealizable [...]³

Así, la limitación se establece mediante normas y se efectiviza a través del ejercicio de la jurisdicción. En definitiva, tiene que ver con el correcto actuar en los procedimientos judiciales, evitado la arbitrariedad e ilegalidad, por eso, dentro de los mecanismo de control jurisdiccional, se han dispuesto recursos horizontales de aclaración, ampliación y revocatoria; así como también existen recursos verticales como son los de casación y revisión; y en el ámbito constitucional a través de la interposición de acciones extraordinarias de protección, exclusivamente cuando se advierta vulneración de derechos constitucionales.

En línea con lo señalado, J. Teodoro Pozo Illingworth, expone:

En los sistemas de plena jurisdicción, tiene importancia trascendental el control de constitucionalidad y de control de legalidad que ejercen los jueces y tribunales sobre los actos administrativos, y aún sobre disposiciones legales que se opongan a los derechos y garantías fundamentales. Asunto que en la dirección actual del constitucionalismo moderno tiene una importancia enorme y vital para la democracia, puesto que tales controles, si se respeta el principio de separación de poderes, solo pueden ser realizados por el poder judicial al que se le otorga esa facultad jurídica que sería ilógico que la tenga el mismo organismo que emite los actos cuya inconstitucionalidad o falta de legalidad se alega. Las legislaciones se diferenciarán en cuanto al organismo judicial al que otorguen las indicadas facultades de control.

³ Reyes Aragón Manuel, "La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 17, mayo-agosto 1986, pág. 86-88.

Es así que, en nuestro Estado Constitucional de derechos, para este control, se ha previsto dos altas Cortes de mismo nivel jerárquico para hacerlo efectivo, con límites claramente establecidos para su esfera de acción: Corte Constitucional, órgano máximo de control e interpretación constitucional y Corte Nacional de Justicia, órgano máximo de control de legalidad de justicia ordinaria y unificación de criterios jurídicos. Si bien, las competencias y atribuciones que corresponden a cada órgano resultan claras en los cuerpos normativos aplicables, resulta conveniente reflexionar tanto sobre el uso indiscriminado de los justiciables de interponer acciones extraordinarias de protección ante la Corte Constitucional ante los fallos de casación provenientes de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, así como sobre las posibles extralimitaciones materiales del órgano de justicia constitucional; cuestiones que generan grandes interrogantes sobre la esencia declarada en la Constitución, de una Corte de Casación que se constituye en cierre a nivel jurisdiccional ordinario y no una instancia más dentro de la administración de justicia.⁴

2. Sistema Oral y Casación

2.1. Sistema Oral

En la normativa jurídica ecuatoriana, se ha establecido algunas novedades procesales, siendo una ellas la implantación de la oralidad, sistema que proviene de nuestra legislación; y que ha estado presente en épocas constitucionales diferentes, haciendo énfasis en la Constitución Política de 1998 y en la Carta Magna de 2008.

Tanto la Constitución Política del Ecuador de 1998, como la Constitución de la República del Ecuador vigente desde el 20 de octubre de 2008,

⁴ Teodoro Pozo J, “Sistemas de administración de justicia en materia tributaria”, *Jornadas por los 50 años del Sistema Especializado de Justicia Tributaria en el Ecuador*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, José Vicente Troya y Fausto Murillo Fierro edit., 2010, pág. 93.

exponen el sistema que se deberá adoptar en los procesos judiciales, para garantizar los principios de la administración de justicia allí dispuestos. Con esta apreciación, la Constitución Política de la República (1998) en el artículo 194 disponía que “[l]a sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación.”; en tanto que, la Constitución de la República de 2008, en el artículo 168 dispone, entre otras normas, que “[l]a administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: [...] 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”

Es adecuado precisar que, desde el año 1998 ya se establecía que los procesos judiciales se sustancien a través de un procedimiento oral, a pesar de ello, solo a partir de mayo de 2015, fecha en la que se publica el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), se implementa la disposición constitucional, en la que se advierte que luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, entrará en vigencia este cuerpo legal; por lo tanto, desde el 23 de mayo de 2016 entra en plena vigencia este cuerpo normativo procedimental donde se establecen las distintas disposiciones de cada uno de los procesos judiciales, esto es: ordinario, sumario, voluntarios, ejecutivo, monitorio, contencioso administrativo y contencioso tributario.

Establecer el sistema oral en las diferentes instancias de los procesos judiciales, constituye un asunto de gran importancia, pues como señala Guiseppe Chiovenda “[...] la oralidad tiene una serie de consecuencias procesales que son tan importantes como la oralidad misma. Y al decir ‘principio de la oralidad’ compréndese en una fórmula necesariamente breve y representativa toda aquella serie de consecuencias”⁵; consecuen-

⁵ Chiovenda Guiseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Editorial Reus SA, Madrid, Tomo II, trad. española de la 3ª ed. Italiana, pág. 131.

cias entre las que se consideran los principios de la inmediación, concentración y publicidad.

Respecto de la inmediación, Raúl Mariño Hernández señala que este principio “[...] implica la necesidad de que el juez asista personalmente a las audiencias para que tenga contacto personal y directo con las partes y con los elementos de prueba, desde el inicio hasta la conclusión del procedimiento”.⁶ Por ello, el artículo 6 del COGEP, establece que: “La o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso. [...] Las audiencias que no sean conducidas por la o el juzgador serán nulas.” En efecto, se establece una interlocución directa entre el juez, las partes procesales y la evacuación de la prueba, permitiendo al juzgador tener acceso directo e inmediato de lo que la fuente de información aporte, conociendo sin intermediarios todo lo que en el proceso se pretenda.

El principio de concentración, se enfoca en el hecho de efectuar algunos actos procesales en uno solo; el proceso oral establece que aquellos actos que antes se desarrollaban en diferentes etapas preclusivas, ahora se desarrollen en una o dos audiencias, dependiendo del trámite, decidiendo en la misma sobre los puntos que se estén tratando, optimizando lo que el proceso anterior evidenciaba, esto es tiempos excesivos en el despacho de las causas e incontables recursos procesales. Este principio va de la mano con el de inmediación, pues al concentrar la evacuación de los actos procesales y la discusión legal de estos autos interlocutorios en la misma audiencia, permite que la o el juzgador pueda emitir su pronta decisión en su facultad de administrar justicia.

Sobre el principio de publicidad, el artículo 8 del Código Orgánico

⁶ Mariño Hernández Raúl, “Análisis sobre la audiencia preliminar y audiencia de juicio: diferenciaciones”, *Revista Diálogos Judiciales* 3, Corte Nacional de Justicia, Quito, enero-junio 2016, pág. 111.

General de Procesos dispone que, todas las audiencias serán públicas con excepción de las que determine la Ley, siendo por tanto el eje fundamental para garantizar la transparencia de los actos procesales que correspondan al trámite y que son realizados por los Jueces y las partes procesales, dentro de estas diligencias públicas.

El Código Procesal establece en su artículo 4: “La sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito. Las audiencias podrán realizarse por videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología, cuando la comparencia personal no sea posible.” En lo referente al contencioso tributario, se dispone dos tipos de procedimientos, siendo estos: el *ordinario*, en dos audiencias, como son la preliminar y la de juicio, en el que se sustanciarán acciones de impugnación junto con las acciones directas; y, el *sumario*, cuya sustanciación comprende única audiencia, en el que se sustanciarán las acciones especiales. Dichos procedimientos se encuentran contenidos en los artículos 319 y 322 del mismo cuerpo procesal.

2.2. Casación en el Ecuador

La doctrina ha establecido que el recurso de casación es el “(...) medio de impugnación que se traduce en el recurso de carácter extraordinario a través del cual se examina la legalidad de la actividad del juez en el procedimiento y la sentencia que de ser acogido, puede producir el efecto de anular el fallo respectivo, ya sea para reponer el citado procedimiento o con el propósito de que se pronuncie una nueva sentencia de fondo.”⁷, a esto se puede añadir el acertado análisis establecido por Lourdes Carrasco Espinach, quien manifiesta que: “[...] El recurso de casación sólo procede por motivos taxativamente señalados por la ley. Es un medio de impugnación extraordinario que posibilita el reexamen del conflicto social enjuiciado, protege los derechos de las partes, el correcto desempeño de la

⁷ Diccionario Porrúa, México, Tomo I, pág. 428.

⁸ Carrasco Espinach Lourdes, “Casación, motivación de sentencia y racionalidad”, *Revista Justicia y Derecho*, No.10, junio 2006, pág. 40.

actividad judicial, además de contribuir a la uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley [...]”⁸

Estos criterios son coincidentes con los fines de la casación, que como ha anotado Piero Calamadre, “[...] la casación cumple dos fines: uno público y otro privado, el fin público, a su vez tiene dos aspectos; uno negativo y otro positivo, el negativo es la “finalidad de nomofilaquia” o defensa de la ley, y el positivo es la “finalidad de unificación jurisprudencial”; el fin privado es que el recurrente tenga “[...] la posibilidad de obtener, en un ulterior examen del mérito, una sentencia favorable a su interés individual”⁹.

De igual manera, si establecemos las finalidades de este recurso que por su naturaleza es extraordinario, está expuesto a limitaciones propias, como señala José Luis Terán:

El carácter extraordinario del recurso de casación es en sí mismo una limitación esencial. No procede contra cualquier resolución judicial, sino sólo contra las que, una vez firmes, generarán estado, sin olvidar que estas últimas tienen que estar predefinidas en la ley. El artículo 6 de la Ley de Casación, constituye norma formularia a la que es indispensable ajustar el escrito en el que se interponga el recurso, lo cual responde a la necesidad de que se señale de modo preciso los términos dentro de los que se han de plantear el litigio entre el recurso y la sentencia que su medio se combate¹⁰.

Al ser estricto, el incumplimiento de las formalidades establecidas en la Ley, así como las detalladas en la jurisprudencia que interpreta y aplica la ley, hace que en su calificación sea inadmitido.

Con la derogación de la Ley de Casación, que contenía el procedimiento para la interposición de este recurso extraordinario, se establece

⁹ citado en Lourdes Carrasco Espinach, “Casación...”, pág. 40.

¹⁰ Terán Jose Luis, *Análisis crítico de la casación tributaria en el Ecuador y su proyección en el entorno constitucional vigente*, Tesis de Maestría en Tributación, UASB, 2015, pág. 33.

una disposición transitoria en este nuevo Código Procesal, signada como primera, cuyo contenido dispone: “Los procesos que se encuentran en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación.”. En este sentido, y en consecuencia de que, el proceso se origina según Carnelutti “[...] en un conflicto (material) de intereses, calificado por una pretensión cuyo fin es “la justa composición del litigio”¹¹; en tanto que, Hernando Devis Echandía, manifiesta:

La actuación de la ley no puede ser el fin, sino el medio que utiliza el Estado en el proceso, para la tutela del orden jurídico y para resolver el problema que presenta la incertidumbre, la violación, el desconocimiento o la insatisfacción de los derechos subjetivos. Por eso ROCCO dice que el Estado no persigue tanto la actuación de la norma cuanto a su realización, con la fuerza de su soberanía, en los casos concretos¹².

De ahí que, considerando que los justificables recibirán lo que en derecho les corresponde, no solo cuando se haya dictado sentencia, sino cuando esta se haya ejecutado, luego de que se encuentre en firme y ejecutoriada, además de que no haya recurso ordinario o extraordinario alguno por resolver; y, considerando además que conforme el numeral 3 del artículo 86 de la Constitución de la República “*los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución*”; tanto es así que, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el inciso final del artículo 21 dispone que “[e]l caso se archivará sólo cuando se haya ejecutado integralmente la sentencia o el acuerdo reparatorio.” Entendiéndose por tanto, que el proceso se acaba para los fines procesales y en observancia a los principios constitucionales que rige la actividad

¹¹ Véscovi Enrique, *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá, 1984, 105.

¹² Echandía Davis, *Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso*, Editorial ABC, Bogotá, Tomo I, 1996, pág. 159.

procesal jurisdiccional no con la sentencia en firme sino con la ejecución de la misma.

A esto cabe además dejar expresado que, como regla general la Ley aplica sobre lo venidero y al estar vigente el Código Orgánico General de Procesos, este rige para los procesos que se inicien a partir del 23 de mayo de 2016. Al respecto, la doctrina señala que “[...] El proceso como actividad dinámica se desarrolla en un espacio de tiempo. En este lapso se cumple los diversos actos procesales que constituyen todo el proceso, desde el principio hasta el fin. [...]”¹³. De este criterio se puede colegir que, si bien se tiene nueva norma procesal amparada en la Constitución de la República, esta establece periodos de aplicación de la norma de acuerdo a la vigencia de la norma y su espíritu, por tanto la ley aplicada para los procesos que se hubieren iniciado antes de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos; es decir, antes de la fecha arriba señalada, es la Ley de Casación y por ende las normas vigentes a la iniciación del proceso hasta la consecuente ejecución de la sentencia, criterio de aplicación que ha sido acogido por la Tribunal de Conjuces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario y de otras Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia.

En consecuencia, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, ha procedido a calificar los recursos que han sido interpuesto por los recurrentes en contra de las sentencias y autos emitidos por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario del país, cuyo inicio del proceso fue antes del 23 de mayo de 2016 con la Ley de Casación y por tanto a la fecha dentro de los recursos de casación Nos. 417-2016 (en instancia No. 09503-2014-0053); 420-2016 (en instancia No. 09504-20140073); 427-2016(en instancia No. 17501-2011-0125), 430-2016 (en instancia No. 17505-2005-22866), recurso de hecho No. 0421-2016 (en instancia No. 09503-2012-0007); recurso No. 458-2016 (en instancia No. 01501-2015-0127); recursos de casación Nos. 408-2016 (en instancia No. 09503-2009-1128); 387-2016 (en instancia No. 17505-2008-26261); 416-2016 (en instancia No. 09501-2015-0072); 425-

¹³ Véscovi Enrique, ob., cit., pág. 283.

2016 (en instancia No. 01501-2014-0078); recursos de hecho Nos. 439-2016 (en instancia No. 17502-2012-0045), 433-2016 (en instancia No. 01501-2015-0006); autos en los que se ha manifestado que la norma aplicable es la Ley de Casación, para la interposición del recurso y posterior admisión del libelo casacional.

Entrando a la normativa que regula los procesos iniciados a partir de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos; se evidencia que, desde el artículo 266 se establece el procedimiento para la interposición del recurso de casación, enfocando el cumplimiento de requisitos sustanciales como: procedencia, oportunidad, fundamentación; casos (causales), competencia, admisibilidad, caución, sentencia y efectos de la misma. En esencia, el recurso de casación se mantiene con el mismo espíritu de formalidad y alta técnica jurídica, salvaguardando la tutela judicial y la seguridad jurídica; siendo el cumplimiento de los requisitos formales el punto de partida para establecer si es conocido por los Jueces que integran las Salas de Casación de la Corte Nacional de Justicia. Cabe señalar que, dentro de los cambios que se establecieron en el COGEP, se encuentra el término de 10 días para la interposición del recurso para cualquiera de las partes, primando el principio de oportunidad entre el contribuyente y la administración tributaria.

La ex Corte Suprema y la actual Corte Nacional dentro de los fallos emitidos por las Juezas y los Jueces o las Conjuezas y los Conjueces, en concordancia con la doctrina, ha establecido un orden lógico jurídico para los vicios que pudieran afectar la sentencia, en ese mismo sentido el Código Orgánico General de Procesos, ha señalado el siguiente orden para la proposición que permitiera declarar la ilegalidad de las sentencias o autos emitidos por los Tribunales de Instancia: 1) Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal; 2) Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten

decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación; 3) Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia; 4) Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto; y, 5) Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.

3. Casación en materia Tributaria: Aplicación COGEP

La Asamblea Nacional, dentro del Código Orgánico General de Procesos, en la Exposición de Motivos, dentro de la conformidad constitucional y legal, expone que: “El acatamiento de la supremacía constitucional, sumado a la integración concreta entre los derechos de las personas, la voluntad popular como fundamento para la administración de justicia y el entendimiento de que el sistema procesal significa justicia y permite la resolución imparcial y expedita de los conflictos propios de la convivencia social, permitirá abordar con lógica la propuesta de reforma procesal integral, [...]”¹⁴; de igual manera, en la Estructura del proyecto manifiesta: “Se fomenta la intermediación, la transparencia, la eficacia, la economía procesal, la celeridad, la igualdad ante la ley, la imparcialidad, la simplificación, la uniformidad. Principalmente precautela los derechos y garantías constitucionales y procesales.”¹⁵; de manera que, éstos constituyen los fundamentos que son la base del sistema oral en todas las instancias y recursos ordinarios y extraordinarios en fase jurisdiccional. Ya concretamente, en el ámbito tributario, Teodoro Pozo manifiesta:

¹⁴ Pág. 2.

¹⁵ Pág. 5.

El esquema que se usa cuando la Acción Contenciosa Tributaria debe efectuarse ante la función judicial tiene diferencias en las legislaciones de los países. Unos creen que la acción del organismo público es un acto administrativo común que puede discutirse ante los jueces y tribunales de lo contencioso administrativo; otros, establecen que el trámite de la controversia debe realizarse ante jueces y tribunales especializados en la materia, porque el núcleo en torno al que gira el litigio es la aplicación de un régimen legal igualmente específico con principios que le son exclusivos.¹⁶

Esta destacada opinión nace de la importancia de creación de los organismo de control jurisdiccional en materia tributaria, pues compartiendo el criterio de César García Novoa, “[...] el conflicto tributario existe porque la Administración Tributaria y el contribuyente pueden tener apreciaciones diversas de los hechos con relevancia tributaria e interpretaciones divergentes de la ley fiscal por la concurrencia de intereses distintos en uno y en otro caso.”¹⁷.

En el Ecuador, desde sus inicios, la justicia tributaria se ha caracterizado por ser especializada, pues a mediados del año 1959 se crea el primer Tribunal Fiscal, en el que se administra justicia tributaria en base a su Ley, y la competencia allí asignada es con jurisdicción en todo el país hasta 1963; su independencia del poder ejecutivo y judicial, tuvo como consecuencia, que las sentencias que este emitía no eran susceptibles de impugnación ante ninguna otra autoridad judicial; en el mismo año se dicta el Código Fiscal, que regulaba la normativa de esta materia hasta el año 1975, cuando entra en vigencia el Código Tributario; normativa que rigió la administración de justicia tributaria hasta 1992.

¹⁶ Pozo Teodoro, “Sistemas...”, ob., cit., pág. 91.

¹⁷ *Ibidem.*, pág. 94.

En 1993, se crean en la Función Judicial los Tribunales Distritales de lo Fiscal, que administran justicia contenciosa tributaria; y, con el actual Código Orgánico de la Función Judicial se encuentran funcionando las Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario que son las competentes para conocer estas causas. Este aspecto tiene relación con lo expuesto por Teodoro Pozo:

En el sistema de justicia especializada, el trámite de las acciones contencioso tributarias, es la ley adjetiva propia de la materia que regula los detalles de las diferentes etapas del proceso, desde el por qué, cómo, cuándo, dónde y ante quién se proponen las acciones; pasando por la calificación, notificación y contestación; por los efectos inmediatos de la litis; y lo relativo a la prueba, hasta la sentencia y su ejecución¹⁸.

José Vicente Troya, a manera de colofón expresa que “[l]a especialización de los jueces tributarios es un imperativo. Es imprescindible aún en los casos de tribunales administrativos que conocen también de temas tributarios.”¹⁹; y es así como se evidencia el antecedente histórico de esta justicia tributaria, que en sus inicio promovida por el maestro Eduardo Riofrío Villagómez y ajena de los poderes del Estado, siempre se caracterizó por ser independiente de la jurisdicción contenciosa administrativa, con sus propia normas procesales, garantizando la tutela jurisdiccional, en este campo impositivo.

Siendo este motivo de especialidad, uno de los fundamentos que han mantenido el conocimiento de los procesos en el ámbito tributario en única instancia judicial; y con mayor peso una teoría pro-Estado, que sugiere que:

¹⁸ Ibídem, pág. 92.

¹⁹ José Vicente Troya, “Justicia Ordinaria, Justicia Especializada y Justicia Arbitral” en materia Tributaria”, *Jornadas por los 50 años...*, pág. 126.

No es dable complejizar el sistema de justicia tributaria. Cuando hoy queríamos que se pague los impuestos debidamente, se está ampliando el espectro de la justicia tributaria, creándose jueces unipersonales, entonces, vamos a tener la vía administrativa, el juez de primera instancia, la apelación, recurso de casación ante la Corte Nacional y la posibilidad de ir a la Corte Constitucional.²⁰

Desde esta perspectiva, se prioriza la postura de que, al estar en controversia asuntos del Estado debería ser lo más ágil posible, pues no debemos olvidar que los actos de la administración, gozan de presunción de legitimidad.

Esta concepción de especialidad y de única instancia, se mantiene en el actual COGEP para garantizar el sistema oral y el debido proceso, salvaguardando los principios de inmediación, concentración y publicidad anteriormente desarrollados, así como celeridad y economía procesal. Además, el artículo 4 de este Código, establece que la sustanciación de los procesos se desarrollarán mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito; así como señala Juan Carlos Garzón Martínez, “sistema que implica igualmente una primera fase “preparatoria” o “introdutoria”, que siempre será escrita y que no conlleva desnaturalización de la fase de audiencia, ni tampoco que se transforme en un sistema mixto.”²¹; criterio que es acertado, esto en razón de que las pretensiones o fundamentos no pueden realizarse en audiencia sino deben ser previamente establecidos por los interesados, para garantizar el cumplimiento en principio de contradicción y derecho a la defensa, consagrados en la carta magna.

²⁰ Intervención ante el Pleno de la Asamblea Nacional del señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia, Dr. José Vicente Troya, primer debate del Código Orgánico de la Función Judicial, Asamblea Nacional, Acta 020-A, pág. 106.

²¹ Garzón Juan Carlos, *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo*, Ediciones doctrina y ley, Bogotá, 2014, pág. 391.

En lo referente al recurso extraordinario de casación, se establece una fase escrita y oral, conforme lo expondremos a continuación:

Fase Escrita

El artículo 266 del COGEP, establece que: “El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo. Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado. Se interpondrá de manera escrita dentro del término de diez días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.”

En esta fase corresponde interponer el recurso de casación ante el órgano jurisdiccional que pronuncia la decisión definitiva, esto es, los jueces de los Tribunales de lo Contencioso Tributario del país y a los Conjuces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, para su aceptación y posterior calificación, pues la Ley es clara al señalar que el recurso de casación procederá sobre una sentencia o auto que ponga fin a un proceso de conocimiento bajos los requisitos indispensables dispuestos en el artículo 267 del COGEP, para su aceptación. Su incumplimiento ocasionará su rechazo, por lo que no se trata de meras formalidades como muchos recurrentes alegan cuando el mismo ha sido rechazado o inadmitido, aparándose en el artículo 169 de la Constitución de la República y en criterios establecidos en algunas sentencias de Corte Suprema actual Corte Nacional, la fundamentación debe contener:

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.

2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
3. La determinación de las causales en que se funda.
4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.

Uno de los cambios que se establecieron para la calificación del recurso se encuentra en el artículo 269 el cual señala el procedimiento y los límites de competencia y funciones entre los jueces del Tribunal Distrital y de los Conjueces de la Corte Nacional, ya que establece que:

El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley. La Sala de la Corte Provincial de Justicia de la que provenga la sentencia o auto recurrido, se limitará a calificar si el recurso de casación ha sido presentado dentro del término previsto para el efecto y remitirlo, de inmediato, a la Corte Nacional de Justicia. El recurso deberá interponerse ante el mismo órgano jurisdiccional que dispondrá se obtengan las copias necesarias para la ejecución de la sentencia o auto y ordenará que la o el juzgador ejecutor adopte cualquier medida conducente a alcanzar la reparación integral e inmediata de los derechos lesionados. En la misma providencia ordenará que se eleve el expediente a la Corte Nacional de Justicia. El auto que inadmita el recurso de casación será susceptible de aclaración o ampliación.

Una vez que sea aceptado el recurso interpuesto, el juzgador dentro del término de 10 días dispondrá a partir de la notificación de la providencia, rinda caución suficiente, sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda ocasionar a la contraparte.

La Conjueza o el Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, designado para calificar el recurso que ha cumplido los condicionamientos básicos de procedencia, en el término de 15 días, revisará la parte formal del recurso de casación, principalmente el numeral 4 del artículo 267, que establece: “La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio

que sustenta la causa invocada.” Para lo cual, la juzgadora o el juzgador deberá verificar en las causales propuestas estos elementos.

Una vez hecho la revisión, se procederá conforme lo establece el artículo 270 del COGEP:

Si se inadmite el recurso de casación o el de hecho, se devolverá el proceso al órgano judicial respectivo.

Si se admite el recurso de casación se notificará a las partes y se remitirá el expediente a la Sala Especializada correspondiente de la Corte Nacional de Justicia.

Calificación que deberá ser expresada mediante auto con la fundamentación que amerite, sea ya para su admisión o inadmisión, estos autos son susceptibles de recursos horizontales de aclaración o ampliación y no de revocatoria.

Fase Oral

Esta etapa es propia de las juezas y jueces que integran las Salas de Casación; pues, una vez admitido ya sea de manera total o parcial, se procede conforme lo establece el inciso final del artículo 270; el cual señala que: “Si se admite el recurso de casación se notificará a las partes y se remitirá el expediente a la Sala Especializada correspondiente de la Corte Nacional de Justicia.”; dentro del término de 30 días, conforme las reglas establecidas en el Código Orgánico General de Procesos para las audiencias, la Jueza o el Juez Nacional Ponente designado mediante sorteo fijará la fecha para llevar a efecto la audiencia en la que el recurrente de manera oral fundamente su recurso, bajo las causales y cargos presentado. El recurrente deberá establecer con lógica jurídica y de manera concreta los fundamentos o circunstancias por las que la sentencia o el auto dictado se enmarcan en dichas causales, sin que el mismo se convierta en un alegato de una audiencia de instancia, pues siendo este el caso la Jueza o el Juez Nacional Ponente tendrá la obligación de parar la intervención del recurrente y exponer los motivos de su interrupción; una vez que finalice su exposición, en base al principio de contradicción

se dará paso al debate con la intervención de la parte que contesta el recurso y expondrá los motivos por los cuales considera que las afirmaciones hechas por el recurrente no se sujetan a la realidad procesal y por consiguiente, la sentencia o auto goza de legalidad.

Ya finalizado la audiencia el Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario deliberará de manera reservada sobre el recurso planteado, y una vez tomada una decisión, dictarán sentencia en la misma audiencia, para ello el COGEP en el artículo 273 establece los términos en que se pronunciará su resolución, mismo que se señalan a continuación:

1. Cuando se trate de casación por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, la Corte Nacional de Justicia declarará la nulidad y dispondrá remitir el proceso, dentro del término máximo de treinta días, al órgano judicial al cual corresponda conocerlo en caso de recusación de quien pronunció la providencia casada, a fin de que conozca el proceso desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándola con arreglo a derecho.
2. Cuando la casación se fundamente en errónea decisión en cuanto a las normas de valoración de la prueba, el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia o el auto recurrido y pronunciará lo que corresponda.
3. Si la casación se fundamenta en las demás causales, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia en mérito de los autos y expedirá la resolución que en su lugar corresponda, reemplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos.
4. El Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia deberá casar la sentencia o auto, aunque no modifique la parte resolutive, si aparece que en la motivación expresada en la resolución impugnada se ha incurrido en el vicio acusado, corrigiendo dicha motivación.

5. Si se casa la sentencia totalmente dejará sin efecto el procedimiento de ejecución que se encuentre en trámite.

Posterior a esto, la decisión tomada y dictada en forma oral y conforme lo establece el artículo 93 del COGEP, deberá ser reducida a escrito con la debida motivación conforme lo establece el artículo 89 del mismo cuerpo legal, dentro del término de 10 días, en caso de no hacerlo este mismo artículo en su parte final dispone: *“El incumplimiento del término para dictar sentencia será sancionado conforme con lo dispuesto por la ley.”*

En lo que respecta la caución; el artículo 275 del COGEP, especifica cómo debe proceder en cuanto a su devolución y liquidación; siendo así se tiene:

1. La caución será devuelta por la o el juzgador de instancia si el recurso es aceptado totalmente por la o el juzgador de casación.
2. En caso de aceptación parcial, el fallo de la Corte determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al recurrente y la cantidad que será entregada a la parte perjudicada por la demora.
3. Si el fallo rechaza el recurso totalmente, la o el juzgador entregará el valor total de la caución a la parte perjudicada por la demora.

En caso de casar la sentencia total o parcialmente, se remitirá el expediente al Tribunal de origen para que este ejecute la sentencia conforme al fallo emitido por los señores Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dejando sin efecto lo que se hubiera aceptado con el recurso.

4. Análisis Comparado

La justicia especializada en materia tributaria en nuestro país ha permitido separar el campo impositivo del tema administrativo, promoviendo la Única Instancia en vía jurisdiccional; de igual manera la implementa-

ción del sistema oral a través del Código General de Procesos, nos ha catapultado como un Estado pionero en cuanto al nuevo proceso contencioso, para garantizar la celeridad en la justicia impositiva. Realizar un análisis a nivel comparado en relación a estos dos aspectos, con otros Estados del *civil law*, resulta un tanto complicado, pues si bien Uruguay ha establecido un Código General de Procesos incluso antes que nosotros y Costa Rica ha promulgado un Código Procesal Contencioso Administrativo, no existe la separación del tema tributario con lo administrativo, y sus procesos se conocen en dos instancias y la alta Corte de Casación.

En todo caso, hay que tener presente que cada país establece un procedimiento con sus propias características y peculiaridades que se ajustan a su realidad y necesidad jurisdiccional, ya sea en cuanto a sus términos o plazos, recursos horizontales o verticales, si se lo realiza ante un juez o un tribunal o ambos, y en sí, el desarrollo en general del proceso; es por ello que a continuación a manera síntesis se explica en cómo se tramite el recurso de casación en materia tributaria tema de este trabajo, en la administración de justicia de otros países:

Uruguay

Sobre el Código General de Procesos uruguayo, Santiago Pereira Campos, expresa que “La reforma uruguaya resulta de indudable interés en el contexto iberoamericano para cualquier país que analice alternativas para modernizar su proceso oral. En efecto, el Código General del Proceso ha introducido desde 1989 la oralidad y la intermediación en los procesos civiles, comerciales, de familia, etc, con indudable repercusión en el contexto internacional”²²; sobre este criterio, Pablo Tinajero analizando esta norma adjetiva, ha identificado las materias sobre las cuales es aplicable esta normativa procesal y señala: “Así, es aplicable para las materiales civil, comercial, inquilinato, tributario, contencioso de reparación patrimonial

²² Pereira Campos Santiago, “La oralidad en los procesos no penales: propuestas regionales y desafíos” *Revista Diálogos Judiciales* 3, Corte Nacional de Justicia, Quito, enero-junio de 2014, pág. 33

contra el Estado, inconstitucionalidad de la ley y otras; y se conservan en vigencia, regímenes procesales anteriores, para materias específicas, como por ejemplo: la anulación de los actos administrativos, los procesos aduanero y otros.”²³.

En efecto, dentro de este Estado se encuentra incorporado el trámite tributario como competencia de los Juzgados y Tribunal de lo Contencioso Administrativo y en lo que respecta al control de legalidad la Suprema Corte de Justicia, bajo el sistema oral establecido en esta normativa procesal, que muy similar al que hemos adoptado en nuestra legislación, con diferencias sustanciales en cuanto a su procedencia, pues si bien procede contra las sentencias en segunda instancia dictadas por los Tribunales de Apelaciones en lo Civil, de Trabajo y de Familia, así como los Juzgados Letrados de Primera Instancia, que sean definitivas o interlocutorias con fuerza de definitivas, por el simple hecho de establecer dos instancias para su conocimiento, este Código dispone que no será procedente el recurso de casación cuando la sentencia de segunda instancia confirme en todo, y sin discordia, a la sentencia de primera instancia, excepto cuando se trate de juicios seguidos contra el Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados en general.

En estos casos, aun mediando sentencia de segunda instancia que confirme en todo y sin discordias la sentencia de primera instancia, el recurso será admisible cuando se trate de asuntos cuyo monto superare el importe equivalente a 6.000 UR (seis mil unidades reajustables; artículo 268). Condicionamientos en cuanto al principio *dobles conforme* para controversia suscitadas entre particulares, lo cual no aplica al tema impositivo por ser el litigio siempre contra el Estado en sus diferentes niveles de administración tributaria y a la cuantía que no se encuentran previstos en el Ecuador.

²³ Pablo Tinajero “Desafíos y Ventajas de la Oralidad en materia Contenciosa Administrativa: Un análisis comparado”, *Revista Diálogos Judiciales* 3, de la Corte Nacional de Justicia, Quito, enero-junio de 2016, pág. 144.

Costa Rica

A partir de del año 2008, entra en vigencia el Código Procesal Contencioso Administrativo, siendo el organismo jurisdiccional competente a los Juzgados y al Tribunal Fiscal Administrativo, que conoce materia tributaria, manteniendo el sistema tradicional escrito. En lo que respecta al recurso de casación, este Código establece la creación del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, entre otras competencias establece que conocerá los recursos de casación en los procesos en los que se discuta la validez y eficacia de los reglamentos y la materia tributaria. El Estado establece dos tipos de recursos de casación con características propias, siendo por un lado:

1. **Recurso Extraordinario de Casación: Artículo 134.-** 1) El que procede contra las sentencias y los autos con carácter de sentencia que tengan efecto de cosa juzgada material, cuando sean contrarias al ordenamiento jurídico. 2) Asimismo, por las mismas razones señaladas en el apartado anterior, será procedente el recurso de casación contra la sentencia final dictada en ejecución de sentencia, que decida sobre las prestaciones o conductas concretas que debe cumplir la parte vencida, de acuerdo con el fallo firme y precedente emitido en el proceso de conocimiento. 3) El recurso será conocido por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda o por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, según los criterios de distribución competencial establecidos en el presente Código.
2. **Recurso de Casación en Interés del Ordenamiento Jurídico: Artículo 153.-** 1) Cabrá el recurso de casación en interés del ordenamiento jurídico, ante la Sala Primera, contra las sentencias firmes dictadas por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda o el Tribunal de Casación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda que produzcan cosa juzgada material, cuando no habiendo sido conocidas por la Sala Primera, se estimen violatorias del ordenamiento jurídico. 2) El recurso podrá ser

interpuesto, en cualquier momento, por el procurador general de la República, el contralor general de la República, el defensor de los habitantes de la República o el fiscal general; solo estará sujeto a los requisitos previstos en los apartados dos y tres del artículo 139 del presente Código. 3) La sentencia que se dicte no afectará situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, tampoco afectará situaciones jurídicas consolidadas y, cuando sea estimatoria, se limitará a fijar la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, debiendo publicarse en una sección especial del diario oficial La Gaceta y no implicará, de manera alguna, responsabilidad para los tribunales que hayan resuelto de manera distinta.

Cabe señalar que si bien se trata de igual manera de una Corte de Casación que efectúa control de legalidad y unificación de jurisprudencia, su procedimiento es muy diferente al nuestro, y en razón de su extensión solo se expone los casos de procedencia.

En lo que respecta a otros países tenemos:

Argentina

En este país, a nivel federal, el sistema de casación existe sólo en materia penal, y él tramita ante la Cámara Federal de Casación Penal.

Para el resto de materias existe en la Ley 48 el recurso extraordinario federal, donde, quien se creyere perjudicado con la decisión judicial se lo puede presentar ante la Corte Suprema de Justicia Federal, es importante señalar que, la sustanciación de este recurso nunca cabe de oficio. Si bien los elementos constitutivos de este recurso no se conocen como casación, este guarda todas las solemnidades y efectos del mismo; con sus elementos fundamentales, es decir, extraordinario, no constituye instancia y procede sobre errores de derecho al expedir el fallo de instancia.

No se evidencia procesos orales en el recurso extraordinario federal, en el sistema contencioso tributario o impositivo.

España

En este país existe el recurso de casación como el último elemento de seguridad jurídica al no constituirse en instancia, pero si el máximo recurso de control de legalidad sobre los fallos expedidos por los tribunales de justicia inferiores. No es una facultad oficiosa del Tribunal Supremo del Reino de España, si no se la conoce cuando la parte que se creyere perjudicada con el fallo de instancia propone la revisión de la sentencia del enjuiciamiento a nivel superior, es decir, el recurso de casación se interpone ante el Tribunal Supremo, que se pronuncia sobre el error o no de una sentencia emitida por un órgano jurisdiccional inferior, como lo dispone el art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Al existir en España comunidades autónomas, esto permite que existan excepciones en el recurso de casación, por cuanto cada una de estas comunidades autónomas posee un Tribunal Superior de Justicia, que es el máximo órgano jurisdiccional en su territorio.

Al expedirse por parte del Tribunal Superior de Justicia estos fallos de casación, excluyen la posibilidad de revisión por parte del Tribunal Supremo.

Chile

En Chile se habla de “recurso de casación” sólo en materias civiles, entendiéndose a todas las materias no penales, por cuanto, en este país la legislación prevé un sistema procesal independiente conocido como recurso de nulidad.

Existen dos clases de recursos de casación, en la forma y en el fondo como lo disponen los arts. 764, 765, 766 y 767 del Código de Procedimiento Civil Chileno (CPC):

Art. 764 “El recurso de casación se concede para invalidar una sentencia en los casos expresamente señalados por la ley”.

Art. 765. "El recurso de casación es de dos especies: de casación en el fondo y de casación de la forma.

Es de casación en el fondo en el caso del artículo 767.

Es de casación en la forma en los casos del artículo 768."

Art. 766. "El recurso de casación en la forma se concede contra las sentencias definitivas, contra las interlocutorias cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación y, excepcionalmente, contra las sentencias interlocutorias dictadas en segunda instancia sin previo emplazamiento de la parte agraviada, o sin señalar día para la vista de la causa.

Procederá, asimismo, respecto de las sentencias que se dicten en los juicios o reclamaciones regidos por leyes especiales, con excepción de aquéllos que se refieran a la constitución de las juntas electorales y a las reclamaciones de los avalúos que se practiquen en conformidad a la Ley N° 17.235, sobre Impuesto Territorial y de los demás que prescriban las leyes."

Artículo 767.- El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

De la cita legal referida anteriormente es conveniente señalar que, el recurso de casación tiene como propósito fundamental, invalidar las sentencias en los casos expresamente señalados por la ley. De igual manera se sigue manteniendo el sistema tradicional en cuanto al procedimiento.

El Salvador

En este país el recurso de casación es un recurso extraordinario y, en lo que respecta a las materias no penales hace énfasis en las materias civil, mercantil, laboral y de familia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo preliminar de la Ley de Casación de El Salvador, esto quiere expresar que, sobre la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo salvadoreño, solo se puede proponer recurso de aclaración.

Perú

En el Perú, el Recurso de Casación se encuentra regulado en el Código Procesal Civil, donde se establecen las particularidades de este recurso, las mismas que son:

1. De acuerdo a lo dispuesto en el art. 386 del CPC, procede en los siguientes casos: 1. La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial; 2. La inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial; o 3. La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.
2. Inaplicación de una norma de derecho material; Interpretación defectuosa de una norma de derecho material; y Violación del principio del debido proceso.
3. Solo se puede revisar los errores de derecho, por tanto o se admite la revalorización de prueba ni de los hechos del proceso.
4. Le corresponde a la Corte Suprema de Justicia calificar su procedencia y pronunciarse sobre el fondo del recurso.

5. Las resoluciones que la Corte Suprema expidas en casación son vinculantes para los órganos jurisdiccionales inferiores, excepto las inadmisiones, por cuanto no contienen pronunciamientos de fondo.

En materia tributaria, en la legislación peruana se establecen dos procedimientos; 1. Procedimiento contencioso tributario, que se constituye en la última etapa administrativa al revisar los actos administrativos de los cuales se solicita su revisión; y, 2. El procedimiento contencioso administrativo, que es la instancia judicial para establecer la pertinencia de carácter legal de dichos actos.

En lo que se refiere a la casación en materia tributaria, son susceptibles de casación todas las sentencias y autos que pongan fin a los procedimientos judiciales tributarios.

El procedimiento en vía contenciosa administrativa es escrito y el recurso extraordinario de casación de la misma manera.

4.1. Concordancias en el sistema procesal comparado internacional con respecto al recurso de casación ecuatoriano

A pesar de identificar que el Derecho procesal es muy variable en cada país, ya sea por el tiempo o las condiciones políticas en cuanto a las necesidades del legislativo de aportar a la administración de justicia para hacerla ágil, eficaz y eficiente, como se ha expuesto en este trabajo, podemos resumir las características de la casación en las siguientes:

Es de carácter extraordinaria, y se la proponen contra sentencias y autos definitivos.

Se debe evidenciar que existan infracciones al procedimiento, es decir errores *in procedendo* o a la norma sustantiva, es decir errores *iudicando*.

Las causales si bien, no tienen identidad de redacción, tienen coincidencia en el fondo, es decir falta de aplicación, errónea interpretación y aplicación indebida de normas de derecho en la sentencia recurridos

No se considera un recurso de instancia, quiere decir que las cortes nacionales o supremas se pronuncian sólo sobre las cuestiones de derecho, por tanto nunca revisaran los hechos de la causa venida de instancia.

No constituye instancia, no admite la presentación de prueba, y busca la uniformidad de interpretación y aplicación de la ley vigente, constituyendo jurisprudencia en sus fallos recurrentes y que coincidan en un mismo punto de derecho.

5. Bibliografía

Libros, artículos y otros:

Reyes Aragón Manuel, "La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 17, mayo-agosto 1986.

Carrasco Espinach, Lourdes. "Casación, motivación de sentencia y racionalidad", *Revista Justicia y Derecho*, No.10, junio 2006.

Chiovenda Guissepe, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Editorial Reus SA, Madrid, Tomo II, trad. española de la 3ª ed. italiana. 1925.

Diccionario Porrúa, México, Tomo I.

Echandía Davis, *Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso*, Editorial ABC, Bogotá, Tomo I, 1996.

García de Enterría, Eduardo. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 5ta Edición Ampliada, ediciones Civitas, Madrid, 2000.

- Garzón, Juan Carlos. *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo*, Ediciones doctrina y ley, Bogotá, 2014.
- Jineza Lobo, Ernesto. “El Control Jurisdiccional de La Administración Pública”, disponible en http://www.ernestojinesta.com/_revistas/control%20jurisdiccional%20de%20la%20administraci%3%93n%20p%20c3%9ablica.pdf
- Mariño Hernández, Raúl. “Análisis sobre la audiencia preliminar y audiencia de juicio: diferenciaciones”, *Revista Diálogos Judiciales* 3, Corte Nacional de Justicia, Quito, enero-junio 2016.
- Pereira Campos, Santiago. “La oralidad en los procesos no penales: propuestas regionales y desafíos” *Revista Diálogos Judiciales* 3, Corte Nacional de Justicia, Quito, enero-junio de 2014.
- Pozo, Teodoro J. “Sistemas de administración de justicia en materia tributaria”, *Jornadas por los 50 años del Sistema Especializado de Justicia Tributaria en el Ecuador*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2010.
- Terán, José Luis. *Principios Constitucionales y Jurídicos de la Tributación*, LC editora jurídica, Quito, 2014.
- Análisis crítico de la casación tributaria en el Ecuador y su proyección en el entorno constitucional vigente*, Tesis de Maestría en Tributación, UASB, 2015.
- Tinajero, Pablo. “Desafíos y Ventajas de la Oralidad en materia Contenciosa Administrativa: Un análisis comparado”, *Revista Diálogos Judiciales* 3, de la Corte Nacional de Justicia, Quito, enero-junio de 2016,
- Troya, José Vicente. Intervención ante el Pleno de la Asamblea Nacional del señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia, Dr. José Vicente Troya, primer debate del Código Orgánico de la Función Judicial, Asamblea Nacional, Acta 020-A.

“Justicia Ordinaria, Justicia Especializada y Justicia Arbitral” en materia Tributaria”, *Jornadas por los 50 años del Sistema Especializado de Justicia Tributaria en el Ecuador*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2010.

Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá, 1984.

Normativa:

Normativa Ecuatoriana:

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial Nro. 449 del 20 de octubre de 2008.

Constitución Política de la República del Ecuador (derogada), Decreto Legislativo 000, publicada en el Registro Oficial Nro. 1 del 11 de Agosto de 1998.

Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial - Suplemento Nro. 50 del 22 de octubre de 2009.

Código Orgánico General de Procesos, publicado en el Registro Oficial - Suplemento Nro. 506 del 22 de mayo de 2015. (Vigente desde el 23 de mayo de 2016)

Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial - Suplemento Nro. 544 del 9 de marzo de 2009.

Normativa Extranjera

Código General de Procesos de Uruguay.

Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica,

Ley 48 de Argentina,

Código de Procedimiento Civil Chileno

Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa de El Salvador

Ley de Casación de El Salvador

Código Procesal Civil de Perú

Derecho Laboral

A igual trabajo, igual remuneración en el derecho laboral

Merck Benavides
Presidente de la Sala de lo Laboral
de la Corte Nacional de Justicia

Introducción

La discriminación salarial presente dentro de las relaciones laborales bajo relación de dependencia, ha venido constituyéndose a lo largo del tiempo, en una de las principales problemáticas que atenta contra los derechos de las personas en su rol de trabajadores dentro de una sociedad, situación que se ha podido evidenciar en varios países entre los cuales indudablemente se encuentra inmerso el Estado ecuatoriano, donde la desigualdad remunerativa fundada en concepciones prejuiciosas y segregacionistas en la actualidad ha venido, y sigue ocasionando, que los seres humanos sean víctimas de injusticias y desigualdades, a las que se ven obligados a soportar por la permanente necesidad de obtener un ingreso económico para su sustento personal y familiar.

Los convenios internacionales sobre derechos humanos y las garantías constitucionales, velan en forma primordial por la igualdad, la no discriminación, la dignidad y la seguridad jurídica, derechos que al provenir de la misma naturaleza de la persona, deben ser observados por los demás cuerpos normativos y en este caso en el ámbito laboral con estricta apego a lo expresado en las normas jurídicas internacionales y en el artículo 33 de la Constitución de la República, que al reconocer al trabajo como un derecho, un deber social, y un derecho económico, garantiza a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas, y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado. Es decir, que las personas tienen derecho al trabajo en igualdad de condiciones y con igual remuneración, si realizan la misma actividad laboral.

A igual trabajo, igual remuneración

El término igualdad genera siempre un espacio muy amplio sobre el cual puede interpretarse, pues conlleva un profundo estudio que parte desde la dignidad como ser humano, hasta las particularidades que distinguen uno con otro; es decir, la función que cada uno desempeña en todos los ámbitos, debe ser semejante para que opere la igualdad como tal.

El derecho a la igualdad constituye el pilar fundamental, sobre el que se cimienta la teoría de los derechos constitucionales como fundamento del Estado, el mismo que comprende un grupo de principios jurídicos que tiene la finalidad de proteger a las personas y sobrellevar la convivencia humana.

La obligación del Estado de hacer realidad el derecho al trabajo, no exime a los propietarios de los bienes de producción del deber de administrarlos de forma que produzcan los bienes o servicios para los que son aptos y ofrezcan a los trabajadores la oportunidad de gozar de este derecho, incluso bajo la supervigilancia y coacción del propio Estado²⁴.

Es así, que el Estado, tiene el deber de garantizar que los medios de producción se administren protegiendo a los trabajadores y su acceso adecuado al trabajo, considerando que el trabajo es un derecho fundamental de los trabajadores, así como el hecho de que a igual trabajo se debe reconocer igual remuneración, con el fin de evitar toda evidencia que ocasione discriminación de cualquier índole, por lo que estando de acuerdo con el tratadista antes referido. El autor de este artículo afirma que los trabajadores tienen acceso al trabajo en igualdad de condiciones, aspecto que debe ser controlado de manera estricta por parte del Estado a través de las autoridades administrativas y judiciales respectivas y de ameritar el caso es procedente la utilización de la fuerza coercitiva.

²⁴ Trujillo J, *Derecho del trabaj*, Quali Print Cia. Ltda., Quito, Tomo I, 2008, pág. 54.

La igualdad hace referencia a la equidad de condiciones para todos, ya sea en la actividad que se realiza, el salario, posiciones, y los beneficios sociales y contractuales que puede generar un empleo o trabajo en relación de dependencia. Sin embargo, esta acepción se halla sujeta a la condición de que no puede equipararse a todos en un solo peldaño, pues siempre existirán diferencias que generen una mejor posición de uno frente al otro; es decir, debe igualarse la situación desventajosa del individuo respecto de la comunidad, pero no de la comunidad al caso aislado del trabajador más favorecido²⁵.

Es necesario destacar que el derecho a la igualdad se encuentra interrelacionado con el derecho a la no discriminación, pues éstos llevan como propósito la equidad de condiciones entre todas las personas. Así, un desarrollo sobre lo que comprende el derecho a la no discriminación, enfoca todo tipo de desigualdades en razón de sexo, etnia, ciudadanía, religión, condición social, política, económica y otras tendencias que puedan diferenciar uno con otro.

Es así que, se debe aplicar el principio de igualdad de remuneración a todos los trabajadores, entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, en la medida en que lo permitan los métodos vigentes de fijación de las tasas de la remuneración, de tal forma que se precautelen los derechos de los y las trabajadoras²⁶. De esta forma, se evita, que exista discriminación en relación al género, discriminación de la que históricamente el grupo de mujeres trabajadoras de todo el mundo, han sido víctimas y que hoy tanto la normativa jurídica nacional como internacional la prohíbe.

Los problemas de empleo degradan la capacidad de trabajo establecida, afectando habilidades, destrezas y conocimientos previamente adquiridos por experiencia de empleo; devalúan el valor económico y simbólico

²⁵ Plá Rodríguez A, *Los principios del Derecho del Trabajo*, Uruguay, Tomo I, 1947, pág. 414.

²⁶ CIF, *Guía sobre las normas internacionales de Trabajo*, Centro de Internacional de formación de la OIT, Turín, 2014, pág. 33.

del trabajo y afectan la legitimidad de las normas del derecho laboral en personas que recién ingresan al mundo del trabajo; debilitan la cultura del trabajo al desmotivar, frustrar y atemorizar a aquellos trabajadores y familias que experimentan desempleo²⁷; y, constituyen las principales razones por la cual se ve seriamente afectado el principio de igualdad, puesto que muchas veces los trabajadores por necesidad, aceptan empleos en los que no se les paga la remuneración adecuada para el servicio prestado y por ende se violan las normas jurídicas de los convenios internacionales de derechos humanos, constitucionales y legales vigentes en un Estado determinado.

En este sentido, los convenios internacionales de derechos humanos, así como la legislación nacional, han procurado establecer una normativa jurídica que garantice la igualdad de todos los miembros de la sociedad, con el fin de otorgarles paridad en todos los ámbitos y en especial en el campo laboral; para procurar la igualdad de oportunidades en el trabajo, sin hacer diferencias de ninguna naturaleza, considerando que la igualdad constituya el parámetro fundamental respecto de las personas en relación con el derecho al trabajo y por ende a percibir una remuneración igualitaria a los que realizan la misma actividad laboral.

En este orden de ideas, es necesario hacer referencia a la evolución del derecho a la igualdad en la sociedad. En el desarrollo de la civilización, el derecho a la igualdad, significó fundamentalmente el reconocimiento de la igualdad jurídica y política de todos los habitantes de los Estados; sin embargo, el mencionado derecho no llegó a todos los ámbitos de la sociedad, específicamente al campo de las relaciones obrero-patronales, lo que contrajo consigo un sin número de desigualdades, específicamente en cuanto a lo laboral.

En tiempos contemporáneos, y luego de una lucha para instaurar la democracia y la igualdad en la sociedad, se llega a establecer principios de protección en todos los ámbitos sociales, exclusivamente al trabajo

²⁷ Ramírez I., *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*, Euros Editores S.R.L., Buenos Aires, 2008, pág. 4.

humano; se establecen normas laborales que protejan de alguna manera esta esfera. Así esta proclamación provocó la protección de algunas particularidades del trabajo en relación de dependencia, tales como: la jornada laboral, enfermedades profesionales, la intangibilidad de los salarios laborales y la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador; sin embargo, su desarrollo no alcanzó a todos los ámbitos como a la estabilidad, igualdad de remuneración y seguridad social, entre otras; lo cual trajo consigo una serie de desigualdades, provocando que se busque medidas de protección más amplias que puedan generar vías para establecer la correcta protección de estos derechos²⁸.

Bajo la distintas necesidades que surgieron a raíz del tiempo y los enfrentamientos entre trabajadores y empleadores, y en ocasiones con el propio Estado, teniendo en cuenta que el derecho al trabajo se instituyó en el siglo XX, pues nace y se reestructura después de una larga lucha social, cuyos protagonistas fueron los trabajadores, agrupados en asociaciones, sindicatos, comité de empresas y otras formas de organizaciones de los trabajadores en comunidad de intereses, en ejercicio del derecho fundamental a la libre asociación. Por lo expuesto, se puede afirmar que el derecho al trabajo no fue gestado pacíficamente, sino arrebatado al régimen capitalista y liberal, bajo las formas imperantes de los siglos XVIII y XIX.

Este derecho –el trabajo– implicó el reconocimiento de la dignidad del trabajo que resultó fruto de ese largo proceso histórico, que trajo en definitiva la lucha por la obtención de la justicia social, implicó la necesidad de crear normas jurídicas en cada uno de los Estados y convenios internacionales que regulen estos derechos y garantías para todos los miembros de la comunidad mundial, sometiendo incluso a esa regulación a los Estados. Así, los derechos a la igualdad y a la no discriminación se instauraron en distintos ordenamientos jurídicos, convenios y tratados internacionales, con el fin de alcanzar la conformación de una sociedad

²⁸ Izaguirre J, “La ciudadanía social y el mundo del trabajo”, *Derecho del Trabajo hacia una carta socio laboral latinoamericana*, D a F editores, Buenos Aires, 2013, pág. 45.

digna y equitativa; en tal razón, este derecho tiene reconocimiento expreso en la mayoría de los textos constitucionales nacionales y en numerosos tratados internacionales de derechos humanos, tales como:

1) Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 23.- Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

La igualdad reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, representa uno de los derechos con mayor jerarquía, al ser un derecho proclamado por todas las constituciones y reiterado en todas las declaraciones internacionales sobre derechos humanos no puede ser quebrantado en ningún ámbito incluido el laboral. La garantía fundamental del trabajo y la libre elección del mismo se ve dirigida por la igualdad, tanto en el aspecto remunerativo como en el aspecto social, individual y colectivo, se trata de un derecho que protege en especial a los trabajadores respecto a la situación de inferioridad o distinción material frente al empleador, que se ha venido marcando a lo largo de los años y que ha sido causa del menoscabo de derechos y creación de desigualdades.

Todos los países que suscribieron, aprobaron y ratificaron esta normativa internacional, tienen la obligación de cumplir los preceptos jurídicos constantes en dicho instrumento jurídico, con la finalidad de garantizar el

derecho de igualdad de manera general, y respecto al trabajo al cual tiene derecho de acceder todo ciudadano, sin discriminación alguna y tomando en cuenta que es necesario que perciba una remuneración justa y equitativa, y fundamentalmente que le permita satisfacer las necesidades de su familia y del trabajador, para que le permita vivir con dignidad humana.

2) Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 24.- Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Esta norma significa que, efectivamente todas las personas gozan de los mismos derechos y obligaciones; es decir, una vez que el legislador dicta la ley, debe ser aplicada de manera general para todos los miembros de un conglomerado social determinado, aspecto que debe ser velado por los Estados que son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Gracias al principio de generalidad, es que la ley debe ser aplicada sin distinciones, ni especificaciones; esa generalidad se aplica tanto en el aspecto de prohibiciones y sanciones, así como también se remite al ámbito de protección de derechos, estableciendo un régimen jurídico que abarque a la totalidad de la población. De ahí que, con fundamento en la frase que enuncia “la ley es para todos”, en este caso se extiende, para decir que la ley también protege a todas las personas, pero que al hacer referencia a los trabajadores, todos ellos deben ser tratados y considerados en igualdad de condiciones.

3) Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer

Artículo 1.- [...] la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la

mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

En ese mismo orden de ideas, este convenio internacional hace referencia al derecho de igualdad que existe entre la mujer y el hombre, respecto de los derechos humanos y de sus libertades fundamentales en los campos político, económico, social, cultural o de cualquier otra índole, que tenga relación con este derecho fundamental; esto se orienta a que en ningún país del mundo exista discriminación en razón del género; pero sobre todo más al hacer referencia al derecho al trabajo que tiene todo ser humano.

Tanto al hombre como a la mujer se les debe dar un trato igualitario, lo cual significa que en los sectores público o privado, los empleadores deben contratar tomando en cuenta la equidad de género, para lo cual es necesario que los Estados que forman parte del referido convenio internacional, dicten las políticas apropiadas para eliminar esta clase de discriminación y de esa forma asegurar el desarrollo físico e intelectual en igualdad de condiciones, siendo prioritario que cada Estado incluya en sus legislaciones internas estos aspectos fundamentales, para que se efectivice de manera eficaz el cumplimiento del derecho de igualdad.

4) Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias

Artículo 7.- Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

Bajo el contexto formulado anteriormente, se hace necesario que estos instrumentos internacionales de derechos humanos estén orientados a garantizar el derecho de igualdad de los trabajadores que forman parte de un país determinado, así como los que llegan a esa jurisdicción territorial en calidad de migrantes, tomando en cuenta que esos movimientos migratorios de personas que están en edad de trabajar, se producen por la necesidad de tener un mejor ingreso económico para enviar a sus familiares, que habitan en el país de su origen y por lo tanto en ningún caso se puede permitir un trato diferente porque es violatorio a su dignidad humana.

Por ello, el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, en forma concordante con las normas expuestas, garantiza que nadie podrá ser discriminado por ningún motivo; y, entre las situaciones concretas enuncia la condición migratoria. Por otro lado, en la Constitución se ha catalogado a los grupos de movilidad humana como unos de los sectores vulnerables, y que forman parte de los grupos atención prioritaria, dentro del cual se enmarca con mayor énfasis a los trabajadores en situación migratoria, y se establece un mandato para el Estado, en el sentido de que debe promover el desarrollo de las personas que se encuentren en tal situación, para quienes no solo basta el reconocimiento del derecho al trabajo, sino que también es necesario ubicarlos en situación de igualdad para que puedan ejercer el trabajo en una forma segura y digna en cumplimiento a las disposiciones de los instrumentos nacionales e internacionales de derechos humanos.

5) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 7.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia

dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Este instrumento internacional, tiene relación con el goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias a que tienen derecho todas las personas, sin ninguna clase de limitaciones; ello, porque efectivamente el principio de igualdad fue creado con ese espíritu de protección y una vez que los trabajadores se encuentren desarrollando sus actividades, ya sea en relación de dependencia o cualquier otro mecanismo jurídico vigente en cada uno de los países que forman parte de este convenio. Los empleadores tienen la obligación de respetar y aplicar el principio de “a igual trabajo igual remuneración”, sin que en ningún caso se permita la explotación del hombre por el hombre, ni ser sometidos a trabajos forzados e inhumanos que afecten a su salud o a su vida y de producirse estos hechos los responsables deberán ser sancionados de conformidad con lo que disponen las leyes internas e internacionales, que forman parte del marco jurídico de cada uno de los países miembros.

6) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo 2.- Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo idioma, credo ni otra alguna. Derecho de igualdad ante la Ley.

En consecuencia el creador de las normas jurídicas, legisla para todos los miembros de la sociedad en general y no tomando en cuenta su condición social, económica, política, religiosa, educacional o cualquier otra condición discriminatoria, por cuanto todo ser humano goza del derecho

de igualdad y más aún en el campo laboral donde debe primar la equidad y el respeto a los derechos humanos.

Con el reconocimiento de igualdad ante la ley, se prohíbe toda práctica de discriminación, siendo uno de los principios básicos de los derechos humanos, ya que la igualdad de oportunidades, derechos y deberes es el fundamento para el adecuado ejercicio de los demás derechos y garantías constitucionales y de derechos humanos.

7) Convenio de la Organización Internacional de Trabajo No. 111.

Artículo 2.- Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

Por lo tanto, el derecho de igualdad en el campo laboral, es de carácter universal, porque regula para todos los trabajadores, que sin tener un medio de producción, están comprometidos para con la sociedad a prestar su fuerza de trabajo físico o intelectual, con la finalidad de lograr producir los bienes y servicios suficientes para satisfacer las necesidades de todos los seres humanos y al mismo tiempo obtener los recursos económicos por parte del trabajador para vivir con dignidad junto a su familia; es por eso que todas las normas jurídicas que se dicten por parte del legislador, deben propender que todas las personas tengan igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo.

En este contexto, queda por inferir que el ordenamiento jurídico de cada país, como los instrumentos internacionales, bajo el principio de igualdad, reconocen al trabajador derechos y garantías que le permiten desarrollarse en la sociedad de una manera justa y equitativa, sin discriminación de ninguna naturaleza, considerando que este derecho es conatural del ser humano y por ende nadie puede ser tratado en condiciones

diferenciadas, ya sea en razón del género, etnia, nacionalidad, condición económica, social o de cualquier tipo.

En ese mismo orden de ideas, en el ámbito del Derecho Laboral, al hacer referencia a la igualdad, es preciso analizar dos ámbitos dentro de los cuales, como ya se dijo tiene incidencia este derecho, los cuales son: el trabajo y la remuneración. Se puede entender que todos estos elementos configuran el derecho de igualdad que debe ser respetado por todos los miembros de la sociedad, por cuanto el trabajo es un derecho que tiene todo ser humano a fin de obtener de manera legítima los recursos económicos para satisfacer las necesidades de su núcleo familiar y por otro lado garantizar el crecimiento económico de la sociedad en general, tomando en cuenta que el trabajador al prestar su contingente laboral, produce bienes o servicios que permiten el desarrollo productivo del país, lo cual genera como conclusión elevar el nivel de vida de todos los miembros de la sociedad.

El trabajo responde específicamente a la acción que se realizan las personas, por lo que se lo puede conceptualizar de la siguiente forma:

[...] una actividad que lleva a cabo el hombre o la mujer, con la participación de sus facultades y potencias intelectuales y corporales, para alcanzar en primer lugar aunque no exclusivamente unos bienes internos - conocimientos prácticos, teóricos, habilidades, experiencia, etc., y contribuir a la mejora de las distintas dimensiones de la vida humana²⁹.

Otro autor ha definido como “toda actividad o esfuerzo humano susceptible de valoración económica”³⁰. Desde esa perspectiva, consiste en uno de los medios más eficaces de la auto-realización personal, uno de los

²⁹ Chirinos M, *Claves para una antropología de Trabajo*, EUNSA, Pamplona, 2006, pág. 83.

³⁰ Cabanellas Guillermo, *Tratado de Derecho Laboral, doctrina y legislación iberoamericana*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Tomo II, Vol. 3, 3ra edición, 1998, págs. 419, 378.

pilares más sólidos sobre el que se fundan la auto-imagen, la auto-estima y la auto-aceptación.

Por su parte, la remuneración o salario se conceptualiza como “[...] toda ganancia debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya prestado o deba prestar” (Convenio 100, OIT); o también “el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagado por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último” (Convenio 100, OIT). En esa línea, la remuneración conforma el elemento causal del contrato típico de trabajo, representado, contemporáneamente, uno de los derechos laborales básicos, y el objeto de la correlativa y principal obligación empresarial.

Bajo las conceptualizaciones anotadas, al referirnos al principio de igualdad de trabajo e igualdad de remuneración, se está frente a derechos que se hallan vinculados con la subsistencia de las personas, y que cada Estado debe asegurarlos; consiste también en un medio e instrumento de participación democrática en la construcción del orden social, político, económico y cultural.

La igualdad entre salario y trabajo, no hace referencia a una equiparación indiscriminada de remuneraciones, pues debe entenderse en relación a las específicas situaciones y condiciones de trabajo de cada trabajador, en este sentido el principio de igualdad ante la ley necesariamente requiere hacer distinciones para equiparar las condiciones de los trabajadores, la igualdad aquí no puede ser aplicada en forma absoluta y en generalidad a todos los trabajadores, pues no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones y circunstancias son desiguales.

Así, la igualdad en este campo, debe ser aplicada entre personas que se encuentren en la misma o idéntica situación y área laboral, sector dentro del cual no puede haber discriminación, dos personas con las mismas o similares funciones y responsabilidades no pueden ser diferenciadas con remuneraciones desiguales, en razón de características o particularidades

físicas, sociales o culturales que constituyen aspectos independientes y apartados del desempeño laboral.

Por el contrario, en estos días se ha puesto en marcha dentro del principio de no discriminación, la ejecución de las llamadas medidas afirmativas o denominadas también discriminación positiva, que en el aspecto laboral busca, a través de medidas de incentivo equiparar la desigualdad y discriminación de la que los grupos étnicos y de género han venido siendo víctimas, para lograr insertarlos en la sociedad trabajadora a estos grupos anteriormente relegados, y que puedan acceder a la ocupación de cargos notables a nivel nacional e internacional.

Como se ha dicho los Estados partes que han suscrito distintos convenios en los cuales se han ratificado la igualdad de remuneración, el principio de “trabajo igual corresponde igual remuneración” sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole, han desarrollado su ordenamiento jurídico con el fin de proteger estos derechos, y hacer efectivo su cumplimiento, tal es así, que son distintos los medios tanto nacionales como internacionales por los cuales se ha implementado la protección de estos derechos.

Si bien el concepto de discriminación es amplio, se ha señalado que comprende cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en ciertos criterios o motivos que tengan por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación de un trabajador (adaptado en base al artículo 1 del Convenio 111).

En este contexto es necesario señalar que, el trato desigual basado en un motivo ilícito que se encuentra establecido por las normas generales, tales como leyes o reglamentos, relativos a la materia, constituye una discriminación en Derecho, mientras que los actos u omisiones de una autoridad pública o personas u organismos privados que ocasionen un trato desigual a personas o miembros de un grupo con base en un motivo ilícito

son constitutivos de discriminación en la práctica³¹. Por lo anteriormente mencionado, se desprende que tanto la discriminación en Derecho como la discriminación en la práctica, son violatorias a los derechos de los trabajadores, particularmente al de la igualdad y como consecuencia de ello a sus derechos humanos.

Cabe mencionar que, cuando una persona por diferentes circunstancias es afectada en su integridad física o de salud, se considera como un individuo con capacidades especiales, el mismo que tiene derecho al trabajo, con las mismas oportunidades que el común de las personas, para lo cual se deben dictar políticas públicas con el fin de equiparar las mencionadas limitaciones, a través de acciones afirmativas, y que de esta manera se garantice el derecho a la igualdad. Las personas denominadas hasta la actualidad con capacidades especiales, también se las conceptualizará a varias de ellas como “personas con capacidades superiores”, tomando en cuenta que a pesar de tener limitaciones físicas o de cualquier otro orden, están en condiciones de realizar trabajos que efectúan personas que no tienen ningún tipo de limitación.

Así, podemos referirnos a que, desde el Tratado de Versalles suscrito en 1919, ya se consideraba como principio general, y de importancia particular y urgente en el mundo del trabajo el de: “salario igual, sin distinción de sexo, cuando se trata de trabajo de igual valor”, actualmente este principio se halla regulado en el Convenio 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración suscrito en 1951, y en el Convenio 111 de 1958 de la misma OIT, sobre la discriminación (empleo y ocupación), ambos convenios han tenido el mayor número de ratificaciones de los países miembros que han suscrito convenios de índole laboral con la OIT, siendo la última ratificación el 31 de mayo de 2012³².

³¹ Beandonnet X, *Derecho Internacional del Trabajo y derecho interno*, Centro Internacional de Formación de la OIT, Turín, 2009, pág. 156.

³² Bronstein A, *Derecho Internacional del Trabajo. Aplicación del Derecho Internacional al ámbito nacional*, Ástrea, Buenos Aires, 2015, pág. 255.

En este sentido, vale referirnos al Convenio 100, que impone la obligación a todo miembro que lo ratifique, de “garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”, por este motivo, los países que lo ratifiquen deben dar cumplimiento al objetivo de garantizar la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, siendo los países miembros, libres de elegir los métodos por los que se dará cumplimiento a esa obligación, señalando como mecanismos: la legislación nacional; cualquier sistema implementado para la fijación de la remuneración que debe ser establecido y reconocido por la legislación; contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; y, la acción conjunta de diversos medios.

Debe considerarse también, que frente a las declaraciones de 1998, sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, todos los países miembros, aun cuando no los haya ratificado, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización, el mismo que comprende en respetar, promover y, hacer realidad de buena fe y de conformidad con la Constitución de cada país los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios. En este sentido son varios los pronunciamientos que han tenido los países miembros sobre este derecho, al proclamar en cada uno de sus ordenamientos jurídicos, así por ejemplo es relevante hacer referencia a las siguientes legislaciones:

Perú, en su Constitución Política establece:

El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.

Es así que, Perú hace una importante referencia acerca de la remuneración, otorgándole la calidad de prioritaria dentro de las obligaciones

que tiene el empleador en relación al trabajador, pues considera el valor del ingreso económico tanto para el trabajador como para su familia, el cual le debe permitir satisfacer por lo menos sus necesidades vitales, es por eso que se puede afirmar que entre más alto sea el nivel económico de un pueblo, satisface de mejor manera sus necesidades, y por ende se eleva el nivel de vida.

Por su parte Chile, en su Constitución ha determinado:

La libertad de trabajo y su protección.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

La legislación chilena en cuanto al principio de igualdad de trabajo, prohíbe todo tipo de discriminación, sin embargo hace una distinción entre los que son ciudadanos chilenos y los que no lo son, así como también una discriminación por la edad del trabajador para determinados casos, excepción razonable debido a los diferentes tipos de trabajo que existen, los cuales en determinadas ocasiones requieren esfuerzo físico, que no lo pueden ofrecer todas las personas.

En la Constitución de Bolivia, existe la siguiente norma:

Toda persona tiene derecho: Al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación, y con remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que le asegure para sí y su familia una existencia digna". "A una fuente laboral estable, en condiciones equitativas y satisfactorias.

Bolivia en su legislación, procura abarcar los derechos de los trabajadores, para poder garantizárselos, de tal forma que emplea el principio de la igualdad de trabajo, en cuanto a su seguridad industrial y salud ocupacional, así como una remuneración y una fuente laboral estable, en condiciones que resulten equitativas y satisfactorias al trabajador, en su beneficio y el de su familia.

Por su parte en Honduras, en su legislación constitucional ha previsto:

Toda persona tiene derecho al trabajo, a escoger libremente su ocupación y a renunciar a ella, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

A trabajo igual corresponde salario igual sin discriminación alguna, siempre que el puesto, la jornada y las condiciones de eficiencia y tiempo de servicio sean también iguales. El salario deberá pagarse con moneda de curso legal.

En la legislación de Honduras, se protege la libertad que poseen las personas de escoger el trabajo que deseen realizar, así como también renunciar al mismo, por otro lado protege a los trabajadores del desempleo. En sus normas jurídicas hace constar el principio de, “a trabajo igual corresponde salario igual”, esto tomando en cuenta que la función, las jornadas, la eficiencia y el tiempo de servicio de los trabajadores, sean iguales para todos, con lo cual se garantiza los derechos de igualdad de trabajo y de remuneración.

Por su parte Venezuela en su Constitución ha regulado:

Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona puede obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo. La ley adoptará medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes. La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que las que la ley establezca.

Todo patrono o patrona garantizará a sus trabajadores y trabajadoras condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. El Estado adoptará medidas y creará instituciones que permitan el control y la promoción de estas condiciones.

El Estado garantizará la igualdad y equidad de hombres y mujeres en el ejercicio del derecho al trabajo [...].

Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley”.

Como podemos evidenciar, Venezuela ha establecido entre sus fines fomentar el empleo, pues también, lo ha establecido como derecho y deber de todas las personas, dentro de su legislación protege la libertad de trabajo, el control y la promoción de condiciones adecuadas de seguridad, higiene y ambiente de trabajo, la igualdad de género para acceder al derecho de trabajo y garantiza el pago de igual salario por igual trabajo, estableciendo que dicho salario es inembargable, a menos que exista una obligación alimentaria establecida judicialmente de por medio, que es la única excepción que la mayoría de países iberoamericanos contemplan en sus respectivas legislaciones.

Con respecto a lo antes mencionado, la nuestra Constitución de la República del Ecuador expresa:

El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración. La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia; será inembargable, salvo para el pago de pensiones

por alimentos. El Estado fijará y revisará anualmente el salario básico establecido en la ley, de aplicación general y obligatoria. El pago de remuneraciones se dará en los plazos convenidos y no podrá ser disminuido ni descontado, salvo con autorización expresa de la persona trabajadora y de acuerdo con la ley.

De lo citado anteriormente, se desprende que Ecuador concibe al trabajo como un derecho y un deber social, que además es fuente de realización personal y por ende es base de la economía del país, a la vez establece que las remuneraciones y retribuciones deben ser justas, con un salario digno con el cual se logre cubrir las necesidades del trabajador como las de su familia y la libertad de escoger el trabajo que se pretende realizar.

En este contexto, el principio de “igual trabajo, igual remuneración”, constituye la piedra angular de los distintos convenios y tratados internacionales suscritos para su protección, por cuanto no solo se deriva del trabajo que se efectúa y la remuneración que se va a recibir, sino que también comprende la aplicación de este principio a trabajos diferentes que, aun siendo de naturaleza distinta, se consideren equivalentes, aplicándoles criterios de evaluación, de allí la necesidad de que cada Estado miembro se dedique a la implementación de medidas salariales y métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración con el fin de promover la aplicación de este principio en la sociedad.

Respecto del principio analizado, podemos encontrar pronunciamientos de los distintos órganos jurisdiccionales, que al adoptar sus decisiones han reafirmado el derecho a la igualdad, en los siguientes términos:

[...] el derecho a la igualdad, no plantea una igualdad matemática, sino una igualdad real, que busca un trato igual a las personas que se encuentran bajo unas mismas condiciones, y que justifica un trato diferente sólo cuando se encuentran bajo distintas condiciones. Con base en éste derecho fundamental contenido en la Carta Política es que se ha dado desarrollo al principio de “a trabajo igual, salario igual”. No se puede dar un trato discriminatorio entre trabajadores, que cumpliendo una misma labor con las mismas

responsabilidades, sean objeto de una remuneración diferente³³.
(Resaltado fuera del texto)

En otro fallo de la misma Corte Constitucional de Colombia, se ha expresado lo siguiente:

Así, la jurisprudencia constitucional ha catalogado como razones admisibles de diferenciación salarial, entre otras (i) la aplicación de criterios objetivos de evaluación y desempeño; (ii) las diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran prima facie análogos; y (iii) la distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a cualificaciones igualmente disímiles para el acceso a dichos empleos. De acuerdo con lo expuesto, se encuentra que la protección constitucional del principio de a trabajo igual, salario igual, tiene sustento en la eficacia de los principios mínimos del trabajo, tanto de remuneración acorde con la cantidad y calidad de la labor, como de, especialmente, la primacía de la realidad sobre las formas dentro de la relación laboral.³⁴

En nuestro país, Ecuador, la Corte Constitucional se he pronunciado en los siguientes términos:

Por su parte, el derecho al trabajo se traduce como una conquista ganada por las organizaciones laborales que se empeñaron en obtener del Estado el reconocimiento y protección del mismo a lo largo del siglo XX. Dentro de los principios que sustentan al derecho al trabajo, la Constitución de la República en su artículo 326 numeral 4, ha previsto que “(...) a trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración”, principio que permite vincular y aplicar el principio jurídico de la igualdad a los derechos laborales, evidenciándose de esa forma la interdependencia y

³³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-018/99.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-833/12.

complementariedad que existe entre los derechos. Esta complementariedad fue reconocida por la Corte Constitucional de la que, ha referido lo siguiente: Es importante destacar que el antedicho principio, guarda estrecha relación con el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación de las personas, que contempla el artículo 66 numeral 4 del texto constitucional. De esta manera, el principio que nos ocupa plantea una igualdad material, cuyo objeto consiste en un mismo trato para las personas que se encuentran bajo iguales condiciones [...] ³⁵.

Es necesario entender lo que es la igualdad formal y material, por lo tanto se puede decir que, la primera es la más antigua creación del Estado liberal, la igualdad ante la ley, es decir, que las normas deben aplicarse igual para todos, mientras que la segunda, apareció a la luz del Estado social a finales del siglo XIX, es la igualdad en la ley, dicho de otra forma, consiste en tomar medidas que traten de manera distinta a los ciudadanos que tienen una desventaja natural como clases bajas, discapacitados, mujeres, entre otras, para conseguir la mayor igualdad posible. Estos tipos de igualdad deben aplicarse de forma adecuada, precautelando los derechos de los trabajadores y respetando el principio de “a igual trabajo, igual remuneración”.

También en otros países han existido pronunciamientos que se refieren a este principio. Por ejemplo, en el Perú se ha expresado:

El artículo 24° de nuestra Constitución Política del Perú ha consagrado el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por consiguiente la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, debe ser entendida como un derecho fundamental. Además de adquirir una naturaleza alimentaría, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde

³⁵ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N°217-14-SEP-CC.

con el principio - derecho a la igualdad y la dignidad, amen que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona humana.

Por lo anteriormente analizado, no debe perderse de vista que tanto el trabajo como el valor remunerativo que se entrega por éste, constituyen una prioridad de todo Estado, que tiene como deber proteger a la clase más amplia y productiva de la sociedad, la cual representa la base social que otorga el sustento del progreso económico de un país determinado. El trabajo como principal actividad económica y generadora de riqueza, debe ser observado ampliamente bajo el principio de igualdad y justicia, con el fin de brindar una protección íntegra ante las posibles consecuencias desfavorables que pueden producirse en contra del trabajador.

Conclusiones:

1. La presencia de una injusticia laboral a causa de manifestaciones discriminatorias a raíz de la etnia, la religión, género, preferencias políticas o de cualquier otra índole, únicamente lleva a evidenciar y dejar a la luz pública, un escaso desarrollo cultural y social del medio en el que se producen, en una época en la que muchos países como Ecuador no sólo reconocen la diversidad cultural, étnica y social, sino que la han llegado a ubicar como uno de los tipos de riqueza que posee, por lo que contrariar laboralmente esta concepción, viene a ser un grave retroceso que resulta severamente perjudicial para el desarrollo y progreso integrales, a nivel nacional e internacional.
2. Una retribución laboral económicamente equitativa y acorde al trabajo desempeñado, a que tienen derecho los trabajadores, más allá de impulsar un incremento en términos monetarios, representa la reivindicación de la dignidad de quien presta su contingente laboral, ya sea físico o intelectual, el trabajador debe ser considerado como ser humano, igualitariamente poseedor de derechos y por ende merecedor del respeto por parte de los

empleadores de los sectores público o privado y de ser violentados los referidos derechos, les corresponde a los jueces competentes hacer justicia en franca aplicación de las normas jurídicas nacionales e internacionales, en especial el derecho a igual trabajo, igual remuneración.

Bibliografía

- Beaudonnet, X. *Derecho Internacional del Trabajo y derecho interno*. Centro Internacional de Formación de la OIT, Turín, 2009.
- Bronstein, A. *Derecho Internacional del Trabajo. Aplicación del derecho Internacional en el Ámbito Nacional*, Astrea, Buenos Aires, 2013.
- Cabanellas, G. *Tratado de Derecho Laboral, Doctrina y Legislación Iberoamericana*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Tomo II, Volumen 3, 3ra edición, 1998.
- CIF. *Guía sobre las normas internacionales de trabajo*. Centro Internacional de Formación de la OIT. Turín, 2014.
- Chirinos, M. *Claves para una Antropología de Trabajo*, EUNSA, Pamplona, 2006.
- Izaguirre, J. *La Ciudadanía Social y el Mundo del Trabajo en Derecho del Trabajo Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana*, B de F, Buenos Aires, 2013.
- López Medina, Diego. *El derecho de los Jueces* Ed. Segunda, Legis Editores, Bogotá, 2006.
- Plá Rodríguez, A. *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Uruguay, Tomo I, 1947.

Ramirez, L. *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*, Euros Editores S.R.L., Buenos Aires, 2008.

Trujillo, J. *Derecho del Trabajo*, Quality Print Cia. Ltda., Quito, Tomo 1, 2008.

Legislación Nacional

Constitución de la República del Ecuador.

Código del Trabajo.

Ley de Justicia Laboral.

Legislación Internacional

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Constitución Política de Bolivia.

Constitución Política de Costa Rica.

Constitución Política de Honduras.

Constitución Política de Perú.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias.

Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer.

Convenio de la Organización Internacional de Trabajo No. 100.

Convenio de la Organización Internacional de Trabajo No. 111.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Derecho de Familia

Del cuidado compartido de los hijos

María Rosa Merchán
Magistrada de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia
de la Corte Nacional de Justicia

Utilizamos el término cuidado y no tenencia, para referirnos, en este artículo, a la situación de los hijos no emancipados, con respecto a sus progenitores que no mantienen un hogar en común, por ruptura de las relaciones conyugales, y lo hacemos comulgando con la doctrina moderna que considera que el término tenencia está ligado a la posesión material de las cosas, la que no se asimila con las responsabilidades que genera, el encargo del cuidado de seres humanos niños, niñas y adolescentes, su alimentación, estudios, salud y crianza en general. En esa línea, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en su artículo 18.1 prescribe que “[...] Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño [...]”.

Desde la visión anterior, la tenencia se entendía como la autoridad sobre la prole menor de edad en caso de ruptura conyugal o resquebrajamiento de la patria potestad, la que tiene por objeto la guarda o custodia personal, así como la ayuda patrimonial imprescindible a los hijos menores de edad, hasta su formación profesional, de modo tal, que les permita su plena autonomía³⁶.

El desarrollo social, la consiguiente evolución de los roles de mujeres y hombres, la nueva concepción sobre el papel de los progenitores en la vida de sus hijos, la necesidad de mantener un estrecho vínculo entre éstos

³⁶ Cabanellas Guillermo, *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 20ma edición, 1981, pág. 31.

y aquellos, han sido cuestiones que han generado en los hechos nuevas formas de cumplir el deber–derecho de cuidado de los hijos.

Constituye cuidado o tenencia compartida, según algunas legislaciones, aquella en la cual, aun no conviviendo, padre y madre participan de la responsabilidad y los deberes de sostenimiento económico, crianza, cuidado, y educación de los hijos comunes no emancipados.

Desde esa perspectiva, cuidado compartido, no significa siempre que el hijo niño, niña o adolescente, convive parte del tiempo con el padre y parte con la madre, implica mucho más; pues, este sistema no regulado en la legislación ecuatoriana, busca una distribución equitativa de responsabilidades, las que se adjudican según las distintas posibilidades, recursos y características propias de cada uno de los progenitores, con el objeto de procurar y garantizar mejores condiciones de vida para los hijos de padres que no tienen un hogar común, al no colocarlos en una situación de permanente tironeo e inseguridad, como consecuencia generalizada de la ruptura del vínculo conyugal.

El régimen compartido, tiene algunas modalidades. Entre ellos, la división de la guarda por períodos, como la identifican algunas legislaciones, o mantenida a nombre de uno de ellos la custodia física del hijo, en este régimen padre y madre comparten las responsabilidades de educación y formación del hijo; otro es el sistema de anidación, en el cual, los hijos permanecen en el lugar de asiento del hogar familiar, los padres son quienes en forma alternada conviven con ellos, mudando periódicamente su domicilio. Otra modalidad es el régimen de tenencia alternada, el hijo convive sucesivamente con cada uno de los padres durante un determinado período, días, semanas o meses, distribuyéndose entre los progenitores las responsabilidades que demanda la crianza y formación de niños, niños y adolescentes.

La doctrina se ha pronunciado en contra de esta última modalidad sosteniendo, por ejemplo que, ésta solución quizás puede resultar satisfactoria para los padres pero no es aconsejable para los hijos, pues este

sistema carece de la necesaria estabilidad³⁷. La comparación entre las actitudes de uno u otro de los padres que el sistema estimula, viene a suscitar una suerte de competencia entre los progenitores para complacer al hijo, lo cual es pernicioso para su educación, posición ésta que también la asume Belluscio, quien sostiene que, la tenencia alternada no es una solución conveniente³⁸.

Resquebrajado el equilibrio de la vida familiar, la niña, el niño o el adolescente requiere reestablecer con sus padres los lazos que los unían cuando la familia estaba integrada. Por ello, es importante, que los padres separados, reestablezcan, en la medida de lo posible, la unión parental que garantice a los hijos la permanencia de los cuidados paterno y materno y, con ello, el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas.

Las ventajas que ofrece el cuidado compartido de los hijos, podrían resumirse así: padre y madre continúan criando a sus hijos activamente, ninguno de ellos queda marginado o se desentiende de su cuidado. La idoneidad de cada padre es reconocida y útil en el ejercicio de su rol como progenitor. Se equiparan ambos padres en cuanto al tiempo libre para la organización de su vida personal y profesional. La carga de la crianza no recae en uno sólo, situación que a la larga termina repercutiendo en los niños atento la insatisfacción del guardador. Se comparten los gastos de manutención. Hay una mayor cooperación ya que este sistema fomenta los acuerdos entre los padres en beneficio de los hijos. Los niños no padecen el sentimiento de abandono que suele provocar la situación de ruptura familiar, lo que beneficia notoriamente su autoestima.

Los análisis comparativos a nivel internacional, entre tenencia compartida y tenencia monoparental, dan como resultado, que la mayoría de los niños en tenencia monoparental se encuentran insatisfechos con la cantidad de tiempo de visita del progenitor no conviviente, mientras que la

³⁷ Mazzinghi J, *Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Vol. III, pág. 171.

³⁸ Belluscio A. C., *Nociones de Derecho de Familia*, Enciclopedia Omega, Vol. IV, 1968.

mayoría de los que están bajo el sistema de tenencia compartida parecen razonablemente felices con sus contactos y accesos a ambos padres. Aparentemente, la calidad de las relaciones se determina mejor en la tenencia compartida³⁹.

En el derecho comparado, las leyes de diversos países, de forma expresa disponen que aquella es posible. Para realizar una comparación normativa, respecto de la tenencia compartida en los países que integran la Cumbre Judicial Iberoamericana, se hace necesario remitirse en primer término, a lo que prevé la legislación ecuatoriana en materia de niñez y adolescencia.

En *Ecuador*, la Constitución de la República (2008), en su artículo 69.1, para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia, dispone:

Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

El Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano, publicado en el Registro Oficial No. 737 de 03 de enero de 2003, reformado el 7 de julio de 2014, en el artículo 105 al definir la Patria Potestad, modifica el concepto que sobre esta institución traía el Código Civil, limitado al conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados, incluyendo en su contenido actual, diferentes obligaciones: cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos; normativa a la que además se debe estar, para atribuir según las reglas previstas en el artículo 106, a uno de los progenitores, el cuidado y crianza de los hijos, luego de oír a las hijas y/o hijos, cuando están en condiciones de expresar

³⁹ Luepnitz A., *Tesis doctoral de la Universidad de New York en Buffalo*, New York, UMI No. 80-27618, 1980.

su opinión. El artículo 118 del Código en referencia, en el título denominado “*De la tenencia*”, prevé los aspectos generales bajo los cuales ésta ha de regirse, disponiendo al efecto:

Artículo 118.- Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior. (2003)

De esta disposición, deviene con absoluta claridad, que en nuestra legislación la tenencia se atribuye con exactos parámetros y bajo la mismas reglas que la patria potestad, en caso de disolución del vínculo matrimonial, cuya sentencia no se podrá inscribir ni surtirá efectos legales, mientras no se arregle satisfactoriamente lo relacionado con la educación, alimentación y cuidado de los hijos. Al respecto, nuestro Código Civil, prescribe:

Artículo 115.- Para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos. Para este efecto, se procederá en la misma forma que cuando se trata de disolución del matrimonio por mutuo consentimiento. En la audiencia de conciliación en los juicios de divorcio, el juez, aparte de buscar el avenimiento de los litigantes, se empeñará en que se acuerde todo lo relacionado con la alimentación y educación de los hijos, fijando cantidades precisas y suficientes, en armonía con las posibilidades de los padres. *Se acordará también el cónyuge que ha de tomar a su cargo el cuidado de los hijos; este acuerdo podrá modificarse en cualquier tiempo, por el juez ante quien se hizo, cuando se presenten pruebas suficientes a juicio del juez, que den fundamento para la modificación.* (Resaltado fuera del texto).

Para determinar a cargo de quién quedará el cuidado de los hijos, la ley permite a los progenitores llegar a un acuerdo, siempre que ello no perjudique sus derechos; a falta de acuerdo, o si lo acordado vulnera su interés superior, se confiará la tenencia de los que no han cumplido doce años a la madre; tratándose de los que han cumplido doce años, la tenencia se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral; y, si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre.

Un aspecto importante a considerar, es que el auto que resuelve sobre la tenencia, debe de manera obligatoria, tomar en cuenta la posición del niño, niña o adolescente, en ejercicio de su derecho a ser consultado artículo 60 del Código de la Niñez y Adolescencia; texto legal que además en su artículo 11, al normar sobre el interés superior del niño, establece que nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión de la niña, niño o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

Para resolver sobre la tenencia de una niña, niño o adolescente, el órgano jurisdiccional (jueza, juez o tribunal) debe escucharlo, cuando su edad lo permita. El tomar contacto directo con el niño o adolescente, resulta razonable, ya que es la persona sobre cuya existencia se resuelve, de forma que trasciende en su vida; su opinión, si bien no puede ser el único elemento a tomarse en cuenta, adquiere importancia cuando por su edad y madurez puede ser considerada como personal y auténtica. Para la evaluación y adecuada valoración de la opinión de la niña, niño o adolescente, deberá necesariamente, tomarse en cuenta diversas circunstancias como: la edad, su madurez emotiva, la autenticidad de sus conceptos, las motivaciones de sus preferencias, entre otras, debiendo en cada caso examinarse cuál es el camino idóneo para poder equilibrar sus deseos con los otros elementos del proceso.

Es necesario precisar que las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria y son de ejecución inmediata; esto implica varias cosas, por una parte, que el juzgador puede alterarlas en cualquier momento, si se prueba que es lo más conveniente para el goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija, para lo cual, el Juez deberá disponer medidas de apoyo a éstos y a sus progenitores; y, por otra parte, que para su cumplimiento debe recurrirse al apremio personal y al allanamiento del domicilio en que se presume se encuentra el niño, niña o adolescente, cuando resulte necesario.

1. La tenencia en Paraguay, Perú y Uruguay

Similar situación a la descrita en nuestro país, ocurre en Paraguay, Perú y Uruguay, legislaciones que para comenzar, utilizan también el término “Tenencia”, y no, “Guarda”, “Custodia” o “Cuidado” como la describen en otros países de la Cumbre Judicial Iberoamericana, países que en su momento, también serán objeto de estudio.

1.1. Paraguay:

El Código de la Niñez y Adolescencia paraguayo, señala que todo niño tiene derecho a la convivencia con sus padres, a menos que aquella sea lesiva a su interés o conveniencia; y, que en todos los casos de conflicto, el Juez deberá oír la opinión del niño o adolescente, y valorarla teniendo en cuenta su madurez y grado de desarrollo. Sin embargo, en caso de separación de los progenitores (y sin la existencia de un acuerdo, pese a que la ley lo permite), de surgir controversia entre padre y madre respecto de la tenencia, el juez tiene la obligación de oír la opinión del niño o adolescente y debe resolver, teniendo en cuenta la edad y el principio del interés superior; pero, en el caso de un niño menor de cinco años de edad, éste debe quedar preferentemente a cargo de la madre.

Un aspecto importante que contiene la legislación paraguaya, es la regulación judicial del régimen de relacionamiento, a los efectos de garantizar el derecho del niño o adolescente a mantenerse vinculado con los

demás miembros de su familia con los que no convive; pues el artículo 95 del Código de la Niñez y Adolescencia (2000) señala:

El régimen de relacionamiento establecido por el juzgado puede extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes, cuando el interés del niño y sus necesidades así lo aconsejen.

Señala el mismo Código, que el incumplimiento reiterado del relacionamiento establecido judicialmente, podrá originar la variación o inclusive la cesación temporal del régimen de convivencia.

1.2. Perú y Uruguay

El Código de los Niños y Adolescentes peruano del año 2000, semejante en la mayoría de los aspectos a nuestro Código y al que rige en Paraguay, regula una situación totalmente diferente, cuando en su artículo 81 señala que:

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, *pudiendo disponer la tenencia compartida*, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

Entonces, en atención al principio de interés superior del niño, la legislación peruana permite al juez disponer la tenencia compartida, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades a los padres en la crianza del niño, niña o adolescente. Sin embargo, si la tenencia hubiere recaído en solo uno de los progenitores, y fuere necesaria su variación, el Juez ordenará, con la asesoría de un equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno; a menos, que se encuentre en peligro la integridad del niño o adolescente,

en cuyo caso, deberá ordenar, que el fallo se cumpla de inmediato. En este sentido, encontramos la resolución emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, la que por considerar infundado el recurso de casación dentro de un juicio de tenencia, no casa el fallo, que otorga la tenencia inmediata al padre de la menor, bajo las siguientes consideraciones:

DÉCIMO PRIMERO.- Que, es así que el A Quo ha establecido que: a) el padre actor no ha podido ver a su menor hija por la falta de voluntad de la demandada, quien es renuente a cumplir y colaborar con el régimen de visitas; b) que la menor es cuidada por una adolescente; c) existe un informe social que indica que la demandada no le brinda atención a la menor; d) que la menor ha mostrado el deseo de estar con su padre; y, e) según cita el A Quo, existe un informe psicológico que demuestra el desapego de la demandada para con su hija; por su parte, la Sala Revisora ha resaltado la opinión de la menor y la empatía que existe entre la menor y su padre, lo que no hace necesario que la variación de la medida de tenencia sea progresiva sino inmediata, atendiendo además, los argumentos esgrimidos por el A Quo. Por ello, este Supremo Tribunal no considera que se le haya dado una interpretación errada a la norma, puesto que se le ha aplicado dentro del contexto brindado por los hechos y los medios probatorios que, las instancias de mérito, han valorado y que las ha llevado a tomar una única decisión, que es la de otorgar la *tenencia inmediata* al padre de la menor; siendo esto así, el recurso deviene en infundado⁴⁰.

Otro aspecto en el que difiere esta legislación, son los parámetros que debe tener en cuenta el juez para determinar la tenencia. En caso de la inexistencia de acuerdo entre los padres, por ejemplo, señala que el hijo deberá permanecer con progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; y sólo cuando se trate de hijos menores de tres años, permanecerá con la madre. Sin embargo, el artículo 84 del

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Sala Civil Transitoria, caso No. 870-2007, Flores & Rivera, de 1 de abril de 2008.

Código de Niños y Adolescentes (2000), en su último inciso deja abierta la posibilidad de que: “En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.”

Por su parte, la legislación uruguaya, agrega que en todo tiempo pueden los padres del niño o adolescente celebrar acuerdos relativos a la situación de los hijos, con las salvedades expresadas en la ley. Así, por ejemplo, cuando se ha demandado la separación de cuerpos con fundamento en el artículo 148.5 del Código Civil (Actualizado al 26 de febrero de 2014), que prescribe: “Por el conato de cualquiera de los cónyuges para prostituir a sus hijos o menores a cargo y por la connivencia en la prostitución de aquellos.”, en cuyo caso no es posible llegar a ningún tipo de acuerdo. En lo demás, la normativa es muy similar a la enunciada en párrafos anteriores, dejándose sentado que ambos progenitores deben ser solidariamente obligados al sostén y educación de los hijos.

2. La tenencia en Bolivia

Se ha procurado en la presente investigación, dar un espacio primordial a la legislación boliviana, por tratarse de la única que dentro de su normativa prevé una definición de lo que significa la tutela compartida, a la que ellos denominan “Guarda compartida”, señalando:

ARTÍCULO 217. I. La guarda compartida es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de las y los hijos comunes, mediante un acuerdo voluntario que asegure su adecuada estabilidad y continuidad. (Código de las Familias y del Proceso Familiar, 2014)

Señala el Código de las Familias, que el acuerdo al que lleguen los progenitores para ejercer la guarda compartida, establecerá la frecuencia con la que cada progenitor mantendrá una relación directa y regular con los hijos o hijas y el sistema de asistencia familiar, bajo la supervisión del

equipo interdisciplinario de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia.

Sin embargo, cuando la guarda compartida no garantice la estabilidad y continuidad para la integridad de las hijas o hijos, la madre, el padre o ambos podrán solicitar su cese, en cuyo caso la autoridad judicial tomará las medidas necesarias para la protección de las hijas e hijos.

Ahora bien, si no se ha establecido la guarda compartida, y en los casos en los cuales la madre o el padre que ha obtenido la guarda no permita de forma recurrente por tres veces consecutivas el derecho de visita, previa verificación de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, la autoridad judicial revocará la guarda y la confiará al otro cónyuge o un tercero. En caso de que la o el hijo no quiera compartir con su padre o madre, se debe respetar su decisión, *siempre que existan causas justificadas*.

3. La guarda en Costa Rica, Cuba, España, Honduras, Panamá y República Dominicana

3.1. Costa Rica

En Costa Rica, la guarda, se determina atendiendo dos parámetros:

1. Si se trata de separación por mutuo consentimiento, los artículos 60 y 152 del Código de Familia (Actualizado al 16-10-2012), ordena que los cónyuges que la pidan, deben presentar al Tribunal un convenio en escritura pública sobre diversos puntos, entre los que se encuentra, a quién corresponde la guarda, crianza y educación de los hijos menores; pudiendo el Tribunal, en estos casos improbar o modificar el convenio en beneficio de los hijos.

El convenio y la separación, si son procedentes y no perjudican los derechos de los menores, se aprobarán por el Tribunal en resolución.

El Tribunal también podrá pedir que se complete o aclare el convenio presentado si es omiso u obscuro.

Lo que resuelva el Tribunal no constituye cosa juzgada y podrá ser modificado por vía incidental, a solicitud de parte o del Patronato Nacional de la Infancia, de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancias.

2. Si se trata de divorcio por alguno de los motivos señalados en el artículo 48 del citado Código, la guarda, crianza y educación será determinada por el Tribunal, tomando en cuenta el interés de los hijos menores de edad; y, si ninguno de los progenitores está en capacidad de ejercerlas, los hijos se confiarán a una institución especializada o persona idónea, quienes asumirán las funciones de tutor.

El Tribunal adoptará, además, las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos; lo resuelto por éste, igualmente, no constituye cosa juzgada y el Tribunal podrá modificarlo de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancias.

En consecuencia, el convenio al que puedan llegar los padres, solo es procedente en los casos de separación por mutuo consentimiento, de tratarse de divorcio, es el Tribunal quien está obligado a fijar el progenitor que estará a cargo de la guarda y crianza de los hijos menores de edad.

3.2. Cuba, Honduras y Panamá

La ley No. 1289, o Código de la Familia que rige en Cuba, señala bajo la denominación *“De la Guarda y Cuidado y de la Comunicación entre Padres e Hijos”*, los aspectos esenciales que han de tomarse en cuenta, para una correcto y adecuado desenvolvimiento de la relación parento-filial.

En este sistema, como en la mayoría de los sistemas que hemos analizado, cuando los padres no vivieren juntos, se estará a lo acordado por

ellos, respecto a la guardia y cuidado de los hijos. El artículo 89 del mencionado cuerpo legal, dispone que, de no mediar acuerdo de los padres o de ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos, la cuestión se decidirá por el tribunal competente, que se guiará para resolverla, únicamente por lo que resulte más beneficioso para los menores.

Por regla general, los hijos quedan al cuidado del progenitor en cuya compañía se encontraban hasta el momento de producirse el desacuerdo; prefiriendo a la madre si se hallaban en compañía de ambos y salvo, en todo caso, que razones especiales aconsejen cualquier otra solución. Pero en todo caso, el Tribunal dispondrá lo más conveniente para que aquel de los padres al que no se confiera la guardia y cuidado de los hijos menores, conserve la comunicación escrita y de palabra con ellos, regulándola con la periodicidad que el caso requiera y siempre en beneficio de los intereses de los menores.

Excepcionalmente, cuando las circunstancias lo requieran, se podrá limitar la comunicación de uno o de ambos padres con el hijo, e incluso prohibirse aquella de acuerdo al caso. No olvidemos que las medidas adoptadas por el tribunal sobre guarda y cuidado y régimen de comunicación, pueden ser modificadas en cualquier tiempo, cuando resulte procedente por haber variado las circunstancias de hecho que determinaron su adopción.

El artículo 59 del citado cuerpo legal, determina además, que el sostenimiento de los hijos menores es obligación de ambos padres, aun cuando no tengan la patria potestad sobre ellos, o éstos no estén bajo su guarda y cuidado, o estén ingresados en un establecimiento de educación. Debiendo anotarse además, que en la sentencia de divorcio, se deberá fijar la pensión que en cada caso corresponda a aquel de los progenitores que no tenga bajo su guarda y cuidado a sus hijos menores. (Codigo de la Familia, 1975)

El Código de Familia hondureño (Código de Familia, 1984), es muy similar en su redacción al Código de la Familia cubano, sin más ni menos acotaciones, regula exactamente los mismos aspectos respecto de la

guarda y tenencia de los hijos, desde su artículo 193 al 196. Igual situación ocurre con el Código de Familia de Panamá (1994), que regula esta institución desde su artículo 326 al 331; de allí que, en el presente trabajo investigativo no se ahonde más en las legislaciones de aquellos países, al encontrarse todo debidamente detallado y explicitado en líneas anteriores.

3.3. España

La legislación española, específicamente su Código Civil, en el artículo 92.4 dentro de los efectos comunes de la nulidad, la separación y el divorcio, establece que:

Se acordará el *ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos* cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos. (1889)

Sin embargo, la misma norma más adelante prevé que, excepcionalmente, aun cuando no lo soliciten ambos padres, sino sólo uno de ellos, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor; cabe aclarar, que en todos los casos debe recabarse informes al Ministerio Fiscal, y oírse a los menores que tengan suficiente juicio, cuando se estime necesario, de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, así como valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia, la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

La única excepción que prevé el Código Civil para la guarda compartida, se encuentra establecida en el numeral 7 del artículo antes citado, que prescribe al efecto:

No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. (1889)

El Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, ha señalado con respecto a la custodia compartida:

La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma “debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea” (STS 25 de abril 2014).(...) Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones

en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. Pues bien, los hechos que tiene en cuenta la sentencia conducen a este régimen. Ambos progenitores reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales y lo que se debe extraer de esta conclusión, más que el beneficio que van a experimentar los hijos manteniéndose bajo la custodia de su madre, es el beneficio que va a representar la custodia compartida.⁴¹

Finalmente, concluye la sentencia con la siguiente decisión:

Esta Sala, en funciones de instancia, acuerda estimar el recurso y establecer el régimen de la guarda y custodia compartida sobre los menores Antonieta y Ángel Jesús. Al carecer de conocimientos sobre las circunstancias fácticas de este caso que han podido cambiar después de la presentación de la demanda hasta la resolución de este recurso, se deja a la ejecución de esta sentencia la determinación de los periodos de estancia, convivencia y alimentos de los menores con cada uno de los progenitores, si bien se establecen las siguientes bases: 1ª Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización de los niños. 2ª El progenitor que no tenga consigo a los hijos y durante el período de convivencia con el otro progenitor, gozará de un amplio derecho de visitas. 3ª No se podrá separar a los dos hermanos. 4ª Se establecerá la contribución de cada progenitor a los alimentos de los menores, en el que deberá computarse la atribución del uso del domicilio que fue conyugal y la dedicación personal de cada progenitor a la atención y cuidado de los hijos. 5ª Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal.⁴²

Estableciéndose de esta manera la verdadera aplicabilidad de la custodia compartida, y los verdaderos beneficios que aquella trae a los niños, niñas y adolescentes.

⁴¹ Tribunal Supremo Español, *caso Anton vs. Cipriano* No. 1937/2013, sentencia de 2 de junio de 2014

⁴² *Ibidem*

3.4. República Dominicana

El Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes (2003), principia especificando las obligaciones generales de la familia, cuando establece:

La familia es responsable, en primer término, de asegurar a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo, educación y protección integral de sus hijos e hijas.

Define el artículo 82 del referido Código, lo que ha de entenderse como guarda al señalar:

Es la situación de carácter físico o moral en que se encuentra un niño, niña o adolescente bajo la responsabilidad de uno de sus padres, ascendientes o una tercera persona, sea ésta una persona física o moral, por medio de una decisión judicial, como consecuencia de un divorcio, separación judicial o de hecho, declaración de ausencia, acción u omisión que vulnere la seguridad e integridad, irresponsabilidad, abandono, abuso o por cualquier otro motivo.

La legislación dominicana es muy puntual en establecer, que la guarda es una institución jurídica de orden público, de carácter provisional (puede ser pronunciada o revocada en cualquier momento mediante decisión judicial debidamente fundamentada, oídas las partes y la opinión del Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes), que nace excepcionalmente para la protección integral del niño, niña o adolescente privado de su medio familiar y para suplir la falta eventual de uno o de ambos padres o personas responsables. La guarda obliga a quien se le conceda, la prestación de asistencia material, moral y educacional a un niño, niña o adolescente, confiriéndole el derecho de oponerse a terceros, incluyendo a los padres. El niño, niña o adolescente tendrá derecho a mantener de forma regular y permanente relaciones directas con el padre o la madre

despojado de la guarda, siempre que esto no atente con su interés superior. Todo cambio deberá ser comunicado al otro padre, madre, ascendientes u otras personas interesadas, siempre que esto no resulte contrario con el interés superior del niño, niña o adolescente.

El Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes otorgará la guarda al padre, la madre o tercero que garantice el bienestar del niño, niña y adolescente de acuerdo al interés superior, como vemos aquí no se prevé una guarda compartida, de hecho, aquella se debe otorgar solo a uno de los progenitores.

El incumplimiento de las obligaciones inherentes a la guarda tendrá como consecuencia la pérdida de la misma, con carácter temporal o definitivo.

4. La tenencia en Argentina, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua y Puerto Rico.

Todos los países que han quedado enunciados en el numeral precedente, denominan a la tenencia ya sea como “Cuidado Personal”, “Crianza” o “Custodia”. A continuación, con la misma metodología que hemos venido utilizando, explicaremos los aspectos esenciales de la normativa de cada país, respecto de la situación de los hijos menores de edad, con énfasis en la tenencia y la tenencia compartida, objeto del presente trabajo.

4.1. Argentina

El Código Civil de la República de Argentina (2014), dedica un capítulo especial a los Deberes y Derechos sobre el cuidado de los hijos, establece que se denomina cuidado personal: “a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo.”; señala la misma normativa más adelante, que cuando los padres no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos.

En efecto, el artículo 650 del cuerpo legal invocado, señala las modalidades del cuidado personal compartido, al expresar:

El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

La primera alternativa del juez, ya sea a petición de alguno de los progenitores o de oficio, es otorgar el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, a menos que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo. Sin embargo, de no ser viable el cuidado compartido, se atribuirá éste a uno solo de los padres, para este efecto, el juez debe ponderar los siguientes aspectos: a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; b) la edad del hijo; c) la opinión del hijo; d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente; y, de manera mutua, ambos progenitores deben informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo.

Un aspecto interesante y por demás novedoso de esta legislación, es lo previsto en el artículo 655 *ibídem*, definido como “Plan de parentalidad”. Este plan consiste en una planificación que la ley permite realizar a los progenitores, respecto al cuidado del hijo, el que, para ser válido, debe ser modificado de manera continua por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas, y contener:

a) lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor; b) responsabilidades que cada uno asume; c) régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia; d) régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor.

Cabe aclarar que de no existir el plan de parentalidad, corresponde al Juez fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado.

Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, ha señalado:

En materia de medidas provisionales relativas a la guarda de niños, debe mantenerse el status existente, a menos que se hayan constatado importantes anomalías en el desarrollo de la guarda por parte de quien la ejerce al iniciarse la intervención jurisdiccional, de modo que se dañe lo menos posible a los niños que padecieron el impacto de una desintegración familiar, por lo cual sin perjuicio de lo que corresponda resolver al dictarse la sentencia definitiva, para sustraer al hijo de su ambiente habitual, modificando el régimen de vida que llevaba al entablarse la relación litigiosa, deben mediar causas muy serias relacionadas con su seguridad o la salud moral y material (Del dictamen de la Procuradora Fiscal Subrogante). (...) Sobre la base de tales premisas, es mi parecer que la sentencia en estudio merece ser tachada de arbitrariedad, desde que incluye afirmaciones dogmáticas y omite considerar aspectos conducentes y legislación aplicable, elementos que resultan suficientes para invalidarla, por caer en un claro apartamiento de las reglas de la sana crítica.⁴³

Por su parte, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II (2001), en un caso de divorcio, que concede tenencia compartida,

⁴³ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *causa M:AM: contra M.B.M.F* y sentenció de 21 de noviembre de 2017

señala los tópicos para encontrar la solución que mejor responda al interés superior del niño, hijo del matrimonio desvinculado. Así, resuelve confirmar la sentencia apelada que otorgara la tenencia compartida a ambos progenitores, fundando su decisión primeramente en la situación conflictiva en la que se encuentra inmerso el menor como consecuencia de la transferencia del conflicto matrimonial a la relación paterno-filial y atento la incapacidad demostrada por los padres de modificar sus conductas nocivas, las cuales no permiten al niño recrear nuevamente sus relaciones paternas. El niño, trasmite su angustia de querer disfrutar más de su padre, y su descontento con el régimen rígido de visitas.

No habiendo demostrado ninguno de los progenitores ser más idóneo que el otro, conforme toda la prueba producida y habiendo fracasado el sistema de tenencia monoparental de hecho ejercido por la madre, el Tribunal plantea la necesidad de encontrar un régimen que permita concluir con el clima beligerante en que se encuentra inmerso el niño, siendo esto último necesario e indispensable para su crianza y educación; para lo cual desplaza el principio del mantenimiento del statu quo, por la necesidad de revertir el estado emocional desfavorable en que se encuentra el menor ante el fracaso del régimen de tenencia aludido, buscando poner fin a sus padecimientos, frustraciones y culpas frente a cada nuevo conflicto que generan sus progenitores. Esta situación configuraría sin duda la justa causa exigida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para poder apartarse del principio antes mencionado. Las circunstancias que puedan alegarse en contrario, como ser -por ejemplo- el desplazamiento del centro de vida del niño, carecen de entidad frente a las situaciones antes referidas, sin perjuicio de lo cual el Tribunal también pondera la cercanía de los domicilios de los padres, que permite que el niño no cambie su ambiente social y escolar. Asimismo se le impone a los padres de modo conjunto y al menor separadamente un tratamiento terapéutico a fin de ayudarlos a superar las secuelas del “divorcio patológico”, lo que le permite al Tribunal el seguimiento de la situación y la posibilidad de evaluar periódicamente la evolución del nuevo régimen de tenencia.

4.2. El Salvador

El Código de Familia de la República de El Salvador (1994), al igual que el Código Civil argentino, establecen todo un capítulo relativo al cuidado personal de los hijos, en el que detalla de manera pormenorizada aspectos como la crianza, el deber de convivencia, la formación moral y religiosa, la educación, la corrección y orientación, entre otros; sin embargo, el que nos interesa por nuestro tema de estudio, es el relativo a los acuerdos sobre el cuidado personal. Al respecto, el artículo 216 determina:

El padre y la madre deberán cuidar de sus hijos. No obstante, en situaciones de suma urgencia podrán, de común acuerdo, confiar tal cuidado mientras dure la misma a persona de su confianza, sin que por tal razón desatiendan sus deberes paternos; esta facultad la tiene también el padre o la madre que ejerza exclusivamente el cuidado personal del hijo. Cuando los padres no hicieren vida en común, se separaren o divorciaren, *el cuidado personal de los hijos lo tendrá cualquiera de ellos, según lo acordaren*. De no mediar acuerdo entre los padres o ser éste atentatorio al interés del hijo, el juez confiará su cuidado personal al padre o madre que mejor garantice su bienestar, tomando en cuenta su edad y las circunstancias de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económica que concurren en cada caso. Se oirá al hijo si fuere mayor de doce años y, en todo caso, al Procurador General de la República, quien fundamentará su opinión en estudios técnicos. Si ninguno de los padres fuere apto para cuidar al hijo, podrá el juez confiarlo a otra persona aplicándose en este caso lo dispuesto en el artículo 219. Siempre que la o el juez confíe el cuidado personal de la o el hijo, fijará la cuantía de los alimentos con que los padres deberán contribuir, de acuerdo a sus respectivas posibilidades; así mismo, establecerá que a la o el cónyuge al que se le hubiere confiado el cuidado personal de las y los hijos, le corresponderá el uso de la vivienda familiar de conformidad con el artículo 46 de la presente ley.

Como observamos, el procedimiento a seguirse para el cuidado personal de los hijos e hijas, es muy parecido a los que hemos estudiado en otras legislaciones, de igual forma, también se prevé que el padre y la

madre, aunque no convivieren con su hijo, deberán mantener con él las relaciones afectivas y el trato personal que favorezca el normal desarrollo de su personalidad. Cuando sea necesario, el juez podrá regular el tiempo, modo y lugar que para ello se requiera, sin que el progenitor que lo tenga a su cuidado personal pueda impedir tales relaciones y trato, a no ser que a criterio del juez se estimaren contrarios al interés del hijo.

Es importante señalar, que este Código, no solo reconoce la importancia de la comunicación de la madre y el padre con su hijo, sino también la de éste con sus abuelos, parientes y otras personas que demuestren un interés legítimo, siempre que esto no resultare perjudicial a la salud física y mental del menor.

4.3. México

La legislación mexicana, y específicamente su Código Civil Federal (1928), establece que, en caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos, debiendo el otro colaborar en su alimentación, conservando los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial. Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.

Al igual que lo señalado en el Código de Familia salvadoreño, no puede impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes; en caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el

juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor; y, únicamente por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia señalado.

Pese a que la normativa mencionada señala que el progenitor que no tiene al menor bajo su cuidado, conservará los derechos de vigilancia y convivencia del menor, los artículos 422 y 423 establecen que, a las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o *custodia* incumbe la obligación de educarlo convenientemente, así como la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. Aclara el Código, que la facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica.

Otra situación en donde debe regularse el cuidado de los hijos, es al momento de dictarse sentencia de divorcio, para el efecto, el juez de oficio, o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia, considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso, protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

Previa la decisión del juez sobre la patria potestad o tutela de los hijos, podrá acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

4.4. Puerto Rico

El Código Civil de Puerto Rico (1930), establece respecto del cuidado personal de los hijos, que, en todos los casos de divorcio, los hijos menores serán puestos bajo el cuidado y la patria potestad del cónyuge que el Tribunal, en el ejercicio de su sana discreción, considere para los mejores intereses y bienestar del menor; pero el otro cónyuge tendrá derecho a continuar las relaciones de familia con sus hijos, en la manera y extensión que acuerde el Tribunal al dictar sentencia de divorcio, según los casos.

En todos los casos de custodia y patria potestad se deberá considerar el historial de conducta previa de violencia doméstica de los progenitores, para la determinación de los mejores intereses del menor. En este sentido se evaluará si ya ha sido beneficiario del programa de desvío y fue reconvicto de cualquiera de los siguientes delitos de maltrato: maltrato agravado; maltrato mediante amenaza; maltrato mediante restricción de la libertad; y, la agresión sexual conyugal. Será *discrecional* del Tribunal escuchar el testimonio del menor para la determinación de custodia y patria potestad.

El cónyuge que haya sido privado de la custodia y la patria potestad tendrá derecho a recobrarlas si acreditare ante cualquier sala competente del Tribunal Superior el fallecimiento del otro ex cónyuge o demostrase a satisfacción del tribunal que a los mejores intereses y bienestar de los menores conviene la referida recuperación de la custodia y la patria potestad.

Luego de la disolución del núcleo familiar, ya sea por la muerte de uno de los padres o divorcio, separación o nulidad del matrimonio, no podrán los padres o tutor que ejerza la patria potestad y custodia sobre un menor no emancipado, impedir sin justa causa que éste se relacione con sus abuelos o con sus tíos.

Cuando se trate de un menor no emancipado fruto de una relación extramatrimonial tampoco podrá el padre o la madre o tutor que ejerza la patria potestad y custodia sobre dicho menor, impedir sin justa causa que éste se relacione con sus abuelos o con sus tíos.

En caso de oposición por parte del padre o madre o tutor que ejerza la patria potestad y custodia sobre dicho menor no emancipado se reconoce legitimación jurídica a los abuelos y a los tíos para ser oído ante el juez quien decidirá lo procedente tomando en consideración las circunstancias particulares de cada caso y los intereses y bienestar del menor.

4.5. Chile

El artículo 225 del Código Civil chileno (2000), determina respecto del cuidado personal de los hijos:

Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.

El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo. Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente. Los gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos son de cargo de la sociedad conyugal. Si no la hubiere, los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas. En caso de fallecimiento del padre o madre, dichos gastos corresponden al sobreviviente.

Un aspecto diferente que incorpora este Código, es que: “La persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el

consentimiento de su cónyuge.” (2000) Previo a otorgar el cuidado personal de los hijos, el juez oirá a éstos y a los parientes.

Sólo en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, el Juez puede confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, prefiriéndose a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes. Al respecto, la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile, ha dictado múltiples fallos sobre el cuidado personal de los hijos por otras personas competentes señalando:

Que por lo demás, cabe señalar que siendo el interés superior del niño un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, no se advierte de autos que los sentenciadores lo hayan desatendido, por el contrario, se ha respetado la regla de orden natural prevista en el artículo 225 del Código Civil, en cuanto a que la crianza de los hijos, en caso de separación de los padres, corresponde a la madre. *No se acreditó en autos inhabilidad o causa calificada que le impida ejercer su rol, ni se estableció una situación de vulneración, peligro o amenaza para el menor, que justificara, trasladar su cuidado a su hermano; sin que obste a ello la gratificación que le reporta al niño, el estar con aquel, ya que podrá hacerlo en los términos dispuestos en el régimen comunicacional regulado a favor del actor.* (Caso Álvarez Melo vs Melo Martínez y Otro, 2008)

4.6. Colombia

En el caso de la legislación colombiana, el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia (2006), regula la custodia y cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes, al determinar:

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.

De la lectura del artículo citado deviene que, la legislación colombiana no solo considera responsables del cuidado personal a los padres de los niños y adolescentes, sino también a quienes forman parte de su círculo social, en consecuencia, se trata de una responsabilidad compartida. Sin embargo, pese a ello, los padres no pueden deslindar su obligación de custodia y cuidado con sus hijos. En este sentido, la Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, ha expresado:

De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás. Este contenido normativo denota la intención del constituyente de colocar a los niños en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. Son la familia, la sociedad y el Estado quienes están obligados a asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, siempre orientados por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior del menor.(...) en principio, una autoridad estatal encargada de proteger a las personas menores de edad –viola los derechos al desarrollo armónico e integral, al debido proceso, a no ser separados de su familia y, en general, al ejercicio pleno e integral de los derechos de los menores accionantes, así como los derechos de sus progenitores, cuando resuelve que los menores deben permanecer con una persona distinta a la que judicialmente se haya resuelto, por parte del funcionario competente en democracia para tomar tal decisión. Esta regla podrá exceptuarse cuando se constate que, efectivamente, tal decisión se adopta con miras a la protección integral del interés superior de la persona menor, concretamente considerada. En tal caso, la decisión deberá, por lo menos, atender los siguientes criterios y parámetros mínimos: (i) gravedad de la afectación de los derechos; (ii) necesidad de intervención; (iii) posterioridad; (iv) urgencia; (v) proporcionalidad; (vi) razonabilidad; (vii) temporalidad; y (viii) valoración de consecuencias. (Acción de tutela instaurada por Pedro vs Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2011)

De igual forma, el artículo 14 de este cuerpo legal, establece de manera taxativa, la responsabilidad parental como complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Señala que es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En la República de Colombia, existen además, los defensores de familia, que son los encargados de promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, padres e hijos, miembros de la familia o *personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente*, así como también, de aprobar las conciliaciones en relación con la asignación de la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, la separación de cuerpos y de bienes del matrimonio civil o religioso, las cauciones de comportamiento conyugal, la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte del cónyuge y los demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorales.

4.7. Guatemala

El Código Civil de Guatemala (1963), en su artículo 162, establece que desde el momento en que sea presentada la solicitud de separación o divorcio, la mujer y los hijos quedarán bajo la protección de la autoridad para seguridad de sus personas y de sus bienes, y que se dictarán las medidas urgentes que sean necesarias.

Los hijos quedarán provisionalmente en poder del cónyuge que determine el juez, hasta que se resuelva en definitiva, a no ser que causas graves obliguen a confiarlos a un tutor provisional.

Sin embargo, si la solicitud de separación o divorcio es de mutuo acuerdo, los cónyuges deberán presentar un proyecto de convenio sobre los puntos siguientes: 1o. A quién quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio (pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos, también puede resolver con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores); 2o. Por cuenta de quién de los cónyuges deberán ser alimentados y educados los hijos, y cuando esta obligación pese sobre ambos cónyuges, en qué proporción contribuirá cada uno de ellos; 3o. Qué pensión deberá pagar el marido a la mujer si ésta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades; y 4o. Garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges; esta garantía deberá ser calificada por el Juez bajo su responsabilidad, y de considerar que aquella no es suficiente deberá ordenar su ampliación de forma tal que lo entregado asegure satisfactoriamente las obligaciones de los cónyuges. No olvidemos que similar situación ocurría en Costa Rica y en Argentina con el denominado “convenio de paternalidad”.

Si por el contrario, la separación o el divorcio se demandaran por causa determinada, será el Juez quien resolverá los puntos señalados en el párrafo anterior; pero, tanto en este caso como en el de mutuo acuerdo, no podrá declararse la separación o el divorcio mientras no estén suficientemente garantizadas la alimentación y educación de los hijos.

Pese a lo regulado por el Juez, en todos los casos, debe garantizarse a los padres la comunicación libre con sus hijos, la conservación del derecho de relacionarse con ellos y la obligación de vigilar su educación.

Puede en cualquier tiempo el juez, a pedido de uno de los padres o de los parientes consanguíneos, o del Ministerio Público, dictar las providencias que considere beneficiosas para los hijos y que sean requeridas por hechos nuevos.

4.8. Nicaragua

La normativa nicaragüense, no muy diferente a las otras legislaciones que hemos estudiado, determina que:

La decisión sobre quien ejercerá el cuidado, crianza y representación del hijo o hija no conlleva al alejamiento entre éstos, con relación al padre o la madre excluida. Las hijas o hijos tienen derecho a relacionarse con su padre o madre en casos de separación de éstos. Este derecho se extiende a los demás familiares, tanto por línea paterna como materna. En estos casos, el Ministerio de la Familia, Adolescencia y Niñez podrá actuar como conciliador para contribuir al ejercicio efectivo de la paternidad y maternidad responsable, sin perjuicio de que las y los interesados ejerzan sus derechos ante el juzgado correspondiente. (Código de Familia, 2014, pág. Art. 281)

Señala el Código de Familia, que los padres, aunque no convivieren con su hijo o hija deberán mantener con él o ella las relaciones afectivas y el trato personal que favorezca el desarrollo integral del niño, niña o adolescente. Cuando sea necesario el juez o jueza deberá regular el tiempo, modo y lugar que para ello se requiera. El que tuviere a la autoridad parental, no podrán impedir tales relaciones y trato a no ser que sea perjudicial para el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes lo que deberá ser declarado judicialmente. El derecho al trato, comunicación y relaciones es aplicable para los demás miembros de la familia, siempre y cuando no sea contrario al desarrollo integral del niño, niña o adolescente.

El artículo 283 del norma legal citada, establece la forma en la que ha de hacerse efectivo el derecho de relacionarse con el padre y madre que no vivan con los hijos e hijas, al determinar que, aquellos que no vivan con su padre o madre tendrán derecho como mínimo a relacionarse con sus progenitores un fin de semana cada quince días y durante las vacaciones escolares, de navidad y fin de año, de forma equitativa entre el padre y la madre, salvo que sea contrario al principio del interés superior de la hija o hijo. Se exceptúan de esta disposición los hijos e hijas lactantes o los

que por circunstancias especiales estén imposibilitados o les cause daño abandonar el hogar habitual de residencia, en este caso se deberán prestar las condiciones adecuadas para que el otro progenitor y demás familiares se relacionen periódicamente con la hija o hijo.

En todo caso, al igual que en otros países, el período de visitas será establecido en sedes administrativas o en el correspondiente Juzgado, según lo solicite la parte interesada. En todo caso el período de visita no causa estado, cuando varíen las circunstancias que los motivaron.

En los trámites de divorcio, señala la Ley para la Disolución del Matrimonio por voluntad de una de las partes, que si no hubiera acuerdo entre los cónyuges en relación a la guarda y cuidado de los menores, incapacitados o discapacitados, al monto de las pensiones para los que tienen derecho a recibirlas y a la situación de los bienes comunes, el Juez los citará para verificar un *trámite conciliatorio*, con el propósito de conciliarlos sobre los aspectos relacionados anteriormente, el cual se efectuará dentro del término de ocho días de notificada la providencia que lo ordene.

Posteriormente, dentro del tercer día de celebrado el trámite conciliatorio, el Juez emplazará al Procurador Civil y a la Oficina de Protección a la Familia del Instituto Nicaragüense de Seguridad Social y Bienestar, para que en un término común de cinco días, se pronuncien sobre los hijos menores, incapacitados, discapacitados y los que tengan derecho a pensión y la situación de los bienes comunes. Si no se logra un acuerdo, el juez distribuirá los bienes comunes, teniendo en cuenta ciertos parámetros:

- a) Si existen hijos comunes menores, incapacitados o discapacitados.
- b) A quién le corresponde la guarda y custodia de los menores, incapacitados y discapacitados.
- c) El aporte y esfuerzo de cada uno de los cónyuges para la adquisición de los bienes comunes, tomando en cuenta además del salario, el trabajo doméstico.
- d) Si existe un sólo inmueble que se ha utilizado como vivienda de la familia. (1988, pág. Art. 11)

En cualquier caso, el fallo no causa estado en relación a la guarda de los hijos menores, incapacitados, discapacitados y sobre las pensiones alimenticias.

Por otra parte, si se trata de divorcio por mutuo consentimiento, de conformidad con el Código de Familia (2014), los cónyuges deben otorgar una escritura pública en la que dispondrán de común acuerdo quién es el que debe quedar con la guarda de los hijos comunes, y la división de los bienes sociales, si existe sociedad o de los que tengan en común. Esta escritura se inscribirá en los competentes Registros de Propiedad. Con el testimonio correspondiente de la antedicha escritura se presentarán los cónyuges, o uno de ellos, siempre por escrito, al Juez, pidiéndose pronuncie la sentencia de disolución.

Conclusiones

En nuestro medio y bajo el amparo de la legislación vigente, producida la ruptura matrimonial, o la de la unión de hecho, la tenencia de los hijos debe atribuirse a uno solo de los padres, bajo el supuesto errado de que aquella no va más allá del derecho a vivir con el hijo y recibir del otro progenitor, la pensión alimenticia necesaria para la supervivencia de los hijos comunes y la visita semanal a éstos; cuando en realidad ella abarca un sin número de deberes y responsabilidades propios del cuidado, crianza y formación de un ser humano.

El esfuerzo de los progenitores en superar sus cuestiones personales para estar cerca de sus hijos ayuda a la incorporación en el nuevo grupo familiar a cada uno de los padres. Mayor comunicación. La misma dinámica de este sistema fomenta una mejor comunicación paterno o materno-filial. Se eliminan los compromisos de lealtad que suelen surgir con la tenencia monoparental. Las desventajas de este régimen pueden, a su vez, resumirse de la siguiente manera: Necesaria adaptación a dos casas y como consecuencia de ello a sus hábitos, sus reglas, sus horarios. Los niños se ven frente a la situación de comprender y aprender a escindir las distintas maneras de educar que cada progenitor les imparte. Mayores costos para la familia, ya

que ambos padres deben mantener en sus respectivas casas un lugar apropiado para los hijos, se repiten los insumos, etc. Proximidad de ambos padres. Este sistema obliga a que ambos padres se pongan de acuerdo y a que estén cerca el uno del otro, lo que puede ser en algunos casos un foco de discusiones y peleas. Es imprescindible contar con una flexibilidad laboral ya que ambos padres deben tener un horario amplio que les permita cubrir las necesidades que demanda el cuidado de sus hijos.

En países como el nuestro, la solución en los casos de separación o divorcio se inclina por la elección del sistema monoparental de tenencia, atribuida generalmente a la madre. La tenencia o cuidado compartido o alternado, no es objeto de consideración alguna, bajo el argumento por un lado que aquellas se contraponen a pautas consideradas impostergables al momento de decidir la situación de los hijos, y por otro que este sistema puede generar inseguridad e inestabilidad en los niños.

En Ecuador y en otros países en cuyas legislaciones no se prevé la crianza compartida de los hijos, debería fomentarse al menos el debate sobre el tema.

Bibliografía

- Belluscio, A. C. *Nociones de Derecho de Familia*, Omega, Vol IV, 1968.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 20ma edición, 1981.
- Cámara Civil y Comercial Azul de Buenos Aires, *Asunto "Y., C.A C/ M., J"*, Sala II, sentencia de 04 de junio de 2001
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, *accion de tutela Pedro vs Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*, expediente 2983421, sengencia de 12 de julio de 2011.

Corte Suprema de Chile, *caso Álvarez Melo vs Melo Martínez y otro*, No. 1644-2008, sentencia de 27 de octubre de 2008.

Tribunal Supremo de España, *caso Antón vs Cipriano*, No. 1937/2013, de 2 de julio de 2014.

Corte Suprema de Justicia de Perú, *caso Flores & Rivera*, No. 870/2007, 1 de abril de 2008.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *causa M. D. H. contra M. B. M. F.*, de 21 de noviembre de 2007.

Código Civil de España de 1889, Real Decreto de 24 de julio de 1889 - Actualizado a 06 de octubre de 2015.

Código Civil Chileno del año 2000, última modificación Ley 20383 de 24 de septiembre de 2009.

Código Civil de Guatemala de 1963, publicado en el Diario Oficial El Guatemalteco del 07/10/1963 al 11/12/1963.

Código Civil de la República de Argentina de 2014, Boletín Oficial Año CXXII Número 32.985.

Código Civil de la República Oriental de Uruguay, actualizado al 26 de febrero de 2014.

Código Civil de Puerto Rico de 1930, Enmiendas integradas hasta 17 de diciembre de 2014.

Código Civil Ecuatoriano del año 2005, Registro Oficial Suplemento 46 .

Código Civil Federal de México de 1928, últimas reformas publicadas DOF 24-12-2013.

Código de Familia de Honduras de 1984, Decreto No. 76-84, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 24, 394, de 16 de agosto de 1984.

Código de Familia de Panamá de 1994, Ley No. 3 de 17 de mayo de 1994.

Código de Familia de Nicaragua de 2014, la Gaceta Diario Oficial 190 – CXVIII, de 08 de octubre de 2014.

Código de Familia de Costa Rica, actualizado al 16-10-2012, Ley No. 5476.

Código de Familia de la República de El Salvador de 1994, promulgado el 29 de septiembre de 1994, actualizado al 05 de mayo de 2015.

Código de la Familia de Cuba de 1975, Ley No. 1289.

Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia, promulgado en 2006, Diario oficial 46.446 .

Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay, publicado en el año 2000, Ley No. 1680.

Código de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador, promulgado en el año 2003, Registro Oficial 737.

Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia, promulgado en 2014, Ley No. 603.

Código de los Niños y Adolescentes de Perú, publicado en el año 2000, Ley No. 27337.

Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes de República Dominicana, promulgado en 2003.

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

Convención sobre los derechos del niño de 1989, New York, publicado en el Registro Oficial 153, de 25 de noviembre de 2005 .

Ley para la Disolución del Matrimonio por voluntad de una de las partes de Nicaragua, promulgado en 1988, publicado en La Gaceta No. 80 de 29 de abril de 1988.

Luepnitz, A. *Tesis Doctoral Universidad estatal de New York en Buffalo, New York*: UMI Nro. 80-27618, 1980.

Mazzinghi, J. *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Vol. III.

Las Uniones de hecho
en el
Derecho Iberoamericano
1ª Parte

Las Uniones de hecho en el Derecho Iberoamericano

Enric Casadevall Medrano
President Consell Superior de la Justícia Principat d' Andorra

Podría parecer un dislate, quizás un despropósito, que en la compleja disciplina del Derecho Comparado, irrumpiera, súbitamente, un microestado europeo con una Constitución aprobada en 1993 y una secular inercia de tradición cristiana, que se remonta a la época de los *Pareatges* (el documento fundacional de la Nación andorrana, suscrito en 1278), para confrontar el análisis de una peculiar institución jurídica, no sólo ante uno de los dos grandes Estados europeos que circundan al Principado de Andorra, sino que, para mayor mortificación metodológica, se atreviera, sin presentar un mínimo e indispensable razonamiento, ni una mayor justificación, a ejecutar una suerte de transmigración continental, para situarse, abrupta y sorpresivamente, al lado de los gigantes comparatistas iberoamericanos, como Ecuador y México.

Sin embargo, nuestro minúsculo enclave pirenaico no es ajeno ni a los procesos migratorios, ni tampoco a las dinámicas transnacionales de todo tipo, que nos impone la globalización, ya que se constituye como una amalgama iusinternacional, es decir, una plaza jurídica que por su subyacente densidad normativa, lo convierte en un singular laboratorio jurídico de variados géneros y especies contractuales.

Desde hace décadas, una importante comunidad lusitana vive y trabaja en el Estado andorrano, comunidad que, igualmente, abraza y ampara a un grupo de ciudadanos brasileños, como también lo hace una no menos importante comunidad argentina, hermanada con la uruguaya. Pero además del factor demográfico, también incide en nuestro análisis comparatista, el factor cultural, puesto que la integridad de la bibliografía jurídica andorrana específicamente vinculada con el Derecho iberoamericano, se

ha publicado en México: dos artículos doctrinales de Antoni López Montanya y otro de Joan Argemí Ferrer, así lo atestiguan.

En este sentido, a la República del Ecuador le debemos no sólo la deferencia y el respeto al anfitrión, sino también nuestro más considerado agradecimiento hacia una Nación que, detentando una larga e internacionalmente reconocida tradición comparatista, nos ofrece la impagable oportunidad de poder presentar un aporte teórico, que también esperamos lo sea de repercusión práctica, habida cuenta que el Derecho Comparado se constituye como una herramienta fundamental para la solución de los conflictos de leyes y, por tanto, como afirma el Dr. Viñas Farré, *se trata de utilizar la técnica de la transposición de instituciones, fundamentada en la equivalencia de instituciones.*

En atención a estas coordenadas fundamentales, nuestro análisis metodológico, por su naturaleza inaugural y luego por las evidentes limitaciones de tiempo y espacio, deberá circunscribirse, en un primer estadio, a los ámbitos jurídicos que le son más próximos y familiares, esto es, más cercanos a la cultura jurídica andorrana. De ahí la necesidad vital, de acotar nuestro campo de investigación a la familia de los 8 países que constituyen, además del inmediato núcleo geofísico, el particular, por circunstancial, núcleo geojurídico y que, a su vez, permite, en aras la congruencia descriptiva, una ulterior subclasificación por grupos de afinidad: Andorra-España; Portugal-Brasil; Argentina-Uruguay; Ecuador-México.

Por otro lado, estamos muy interesados en explicar que, en ningún caso, planteamos una excepción privilegiada y que sólo tratamos, para no caer en el vértigo de una abrumadora entropía, de obtener una primera y, por ende, mucho menos dispersa perspectiva analítica, a través de un temporizador expositivo que nos permita detener nuestras primeras conclusiones, para poder someterlas, posteriormente, a la imprescindible cuarentena de la autocrítica; en definitiva, tratamos de aclarar y matizar algunos de los elementos histórico-jurídicos que nos obligan a segmentar a 8 sujetos de análisis, la muestra inicialmente prevista de 23 países : así, la existencia de 17 Comunidades Autónomas en España y el hecho de

que la mayoría de los parlamentos autonómicos hayan legislado sobre la cuestión, conduce, en el caso andorrano, a concentrar nuestra atención en la legislación catalana sobre las uniones de hecho y no por el mero hecho lingüístico, sino porque y fundamentalmente, de origen catalán son la ley y la doctrina andorranas sobre el tema sometido a controversia comparatista (un fenómeno similar ocurre en México, de ahí la focalización hacia la legislación vigente en el Distrito Federal) ; además, como señala B. Carrillo, con la ley catalana de parejas de hecho, *comienza en España una reglamentación mínimamente sistemática de las consecuencias jurídicas más significativas que puede comportar la convivencia entre parejas no casadas.*

Finalmente, volvemos nuestros pasos sobre la cultura jurídica, ya que tampoco ignoramos que, desde su exilio argentino, el juez catalán Santiago Sentís Melendo (que antes y durante la Guerra Civil española, dictó algunas sentencias de directa repercusión andorrana), prestó, en el ya lejano 1965, su valiosa atención a nuestra modesta bibliografía jurídica, contribuyendo a su difusión iberoamericana, como también lo hizo Manuel Osorio Florit, con una obra publicada el año 1974 en Buenos Aires, ocupándose de una añaña institución andorrana, como lo fue el *Veguer*; sin olvidar, ya en este siglo, que una prestigiosa revista jurídica uruguaya ha publicado uno de los mejores artículos doctrinales sobre el derecho sucesorio andorrano, firmado por la Dra. Gete-Alonso, justamente una de los artífices de la moderna sistematización doctrinal del Derecho Civil andorrano.

En esta primera parte pretendemos, pues, sentar las bases analíticas y establecer los necesarios puntos de conexión del embrionario Derecho Comparado andorrano, tratando de apuntalar los primeros anclajes metodológicos, con el objetivo de poder empezar nuestra andadura por la escarpada *vía ferrada* del Derecho Comparado, con unas mínimas garantías de depurado conocimiento y aquilatada prudencia, las cuales nos pueden conducir a los valores proclamados en la divisa de la Justicia ecuatoriana: *Verdad, Seguridad y Paz*, valores también consignados en lengua kichwa, símbolo viviente de la milenaria identidad ecuatoriana ; efectivamente, como afirmó Carnelutti, *la verdad es como el agua : o es pura o no es agua...* corresponde, pues, a los jueces la labor, además de restaurar el orden

público, de dar transparencia y Seguridad jurídica con la fuerza razonablemente coactiva de sus resoluciones, el Estado impone el principio de legalidad y ofrece solución a los distintos conflictos sociales, perturbadores de la Paz, valor supremo sin el cual no es posible alcanzar el progreso y la dignidad de los pueblos, sin Paz tampoco es posible realizar la divisa que contempla el escudo andorrano : *Virtus Unita Fortior*, que recogiendo la traducción efectuada por nuestro Copríncipe episcopal, Joan-Enric Vives Sicilia, significa : *la fuerza y la virtud, con la unión de todos, será aún más fuerte.*

Un especial agradecimiento a João Carlos Gomes Rodrigues, por su excelente labor de traducción y al Dr. Ramón Viñas Farré por su impecable supervisión.

Andorra la Vella, 21 de marzo de 2016.

Descripción normativa de la unión estable de pareja por país:

Principado de Andorra

Designación y fecha de publicación oficial de la ley:

Ley 4/2005, de 21 de febrero, cualificada de las uniones estables de pareja

[BOPA, boletín oficial del P. de Andorra, nº 25, año 17, 23 marzo 2005]

Reino de España [Cataluña]

Designación y fecha de publicación oficial de la ley:

Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja

[DOGC, diari oficial de la Generalitat de Catalunya, nº 2687, 23 julio 1998]

Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley 9/1998 del Código de familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja y de la ley 40/1991 del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Catalunya, en materia de adopción y tutela

[DOG, nº 4366, 19 abril 2005]

Principado de Andorra

Configuración legal – despliegue reglamentario:

Exposición de motivos – 5 capítulos – 25 artículos – 1 disposición adicional – 2 disposiciones finales

Reglamento sobre la constatación registral de las uniones estables de pareja de 29 de junio de 2005

[BOPA nº 59, año 17, 6 julio 2005]

Reino de España [Cataluña]

Configuración legal – despliegue reglamentario:

Preámbulo – 2 capítulos – 35 artículos – 1 disposición adicional – 1 disposición final

Cualquier ayuntamiento catalán puede elaborar su propio reglamento regulador del registro municipal de las uniones estables de pareja: *¿hubiera sido conveniente recordar a los ilustres munícipes que las cuestiones relacionadas con el estado civil de las personas se han inscrito tradicionalmente en el Registro Civil? Resulta obvio que la acreditación o presunción de la pareja de hecho no puede hacerse al margen del Registro Civil o, al menos, mediante la inscripción en un registro que ignore su existencia.*⁴⁴

Principado de Andorra

Concepto de unión estable de pareja:

La unión estable de pareja es la formada, de forma duradera, por dos personas, mayores de edad o menores emancipados, sin vínculo de parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción y en línea colateral por consanguinidad hasta el cuarto grado, que convivan en pareja y que consten inscritos en el correspondiente Registro.

⁴⁴ Martín-Casals Miquel, “El derecho a la convivencia anómica en pareja: ¿un nuevo derecho fundamental?”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Universitat Pompeu Fabra., Barcelona, No. 3, julio 2013, pág. 1712.

Comentario crítico:

Definición unívoca (sólo referida a la persona física); de constancia registral, precisando expediente previo ; en principio, temporalmente indeterminada, aunque luego precisada por el artículo 21.3 del Reglamento: la acreditación de la situación duradera de convivencia se realiza mediante declaración de ambos miembros de la pareja al registrador, en la cual aseveran que han convivido, de manera estable, notoria y continua, en condiciones de afectividad, como mínimo, durante 1 año ; no obstante la doctrina más autorizada mantiene que “las uniones estables de pareja estarían incluidas en la categoría general de “uniones de convivencia”, sin necesidad de que exista la “*affectio maritalis*”, es decir, parejas unidas por vínculos afectivos semejantes a los del cónyuge en el matrimonio”⁴⁵. De hecho, la definición andorrana insiste en preservar las posibles desviaciones del *ius sanguinis*, puesto que no exige la mayoría de edad como requisito imprescindible para oficializar este tipo de unión ; sorprende, pues, que atendiendo al régimen político del Principado de Andorra y, por ende, a la autoridad moral del Obispo de Urgell, se optase por una definición sumamente amplia y abierta de la unión de hecho y ello a pesar de las dudas y cavilaciones que también doctrinalmente expresó, el malogrado Magistrado Joan Poch Serrats:

Si la razón del matrimonio es constituir una familia y ésta solo puede referirse al hombre y a la mujer ¿podrá existir otro tipo de familia sin estos valores o conceptos biológicos normativamente constitutivos? ¿Podrá entrarse en el posibilismo que una regulación de las denominadas “uniones de hecho estables” puedan, a su vez, configurar una familia? la capacidad naturalmente creadora incrustada en la familia –hombre-mujer- ¿puede ser suplida por otras soluciones que, más allá del afecto y del sentimiento –“per se”- estén desprovistas del valor de desarrollo personal de la familia constituida por el matrimonio?⁴⁶

⁴⁵ Viñas Farré Ramón, *Dret internacional privat del Principat d'Andorra*, Marcial Pons, Madrid, vol. I, 1ª, 2002, pág. 726.

⁴⁶ Poch Serrats, Joan, “La llei qualificada del matrimoni a Andorra, de 30 de juny del 1995 i el seu desenvolupament jurisprudencial”, *Annari de la societat catalana d'estudis jurídics 1997-1998*, Barcelona, 1999, pág. 119.

A pesar de que la expresión *dos personas* es recatadamente inclusiva, manifiesta su apertura, tácitamente, a las parejas homosexuales, es decir, las prevenciones y los recelos histórico-sociales pesan lo suyo, aún en términos de configuración semántica.

Reino de España [Cataluña]

Concepto de unión estable de pareja:

Las disposiciones del primer capítulo, dedicado a la unión estable heterosexual, se aplican a la unión estable de un hombre y de una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan vivido maritalmente, como mínimo, un período continuado de 2 años, o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo convenido. Al menos uno de los dos miembros de la pareja deberá tener vecindad civil catalana.

Las disposiciones del segundo capítulo, dedicado a la unión estable homosexual, se aplican a las uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo que convivan maritalmente y manifiesten la voluntad de acogerse a lo convenido.

Comentario crítico:

Definición dual y/o tautológica, dominada por un cierto androcentrismo léxico, condicionante de la ulterior exclusión de la categoría *menor emancipado*, siendo, en este sentido, la ley catalana más imprecisa que su isónoma andorrana en los apartados descriptivos de la personalidad civil, incluyendo, además, enunciados demasiado genéricos, del tipo *sin impedimentos*; definición temporalmente determinada para la pareja heterosexual y tácitamente deducida para la pareja homosexual; también es discutible la insistencia adverbial, es decir, el doble uso del concepto *maritalmente*, aplicado a modo de concomitancia representativa del *tempus legitimum*, debiendo ser acreditado por la pareja de hecho, asemejándola, pues, al tiempo de permanente convivencia, intrínsecamente atribuido a la institución matrimonial.

Si la unificación conceptual deviene una virtud en la norma andorrana, el texto catalán evidencia una especial cautela respecto al tratamiento jurídico de las parejas homosexuales, en especial, por resaltar la exigencia de los *requisitos personales* y también por omitir la posibilidad del *usufructo universal*. Por tanto y en líneas generales, en la ley andorrana se *evidencia una mejora técnica en cuanto a la regulación conjunta de la unión estable de pareja*.⁴⁷

Principado de Andorra

Tratamiento procesal y jurisprudencial de las uniones estables de pareja:

1) convenio privado regulando las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes y de sus respectivos derechos y deberes

2) competencia de la jurisdicción ordinaria para las causas que afectan a las uniones estables de pareja inscritas en el Registro civil

3) aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado relativas a las relaciones matrimoniales; sin embargo, esta afirmación plantea un importante dilema: *el legislador andorrano, ¿pretende utilizar las normas de conflicto de leyes del matrimonio por “asimilación” de las uniones estables de pareja al matrimonio, o quiere que se realice la elaboración de unas normas propias de la unión estable de pareja, por “analogía” con las normas de conflicto del matrimonio? En realidad, se trata de normas de conflicto autónomas para las uniones estables de pareja, y no de normas de conflicto autónomas para las uniones estables de pareja*.⁴⁸

⁴⁷ Villagrasa Alcaide, Carlos, “Comentarios a la Ley de uniones estables de pareja del Principado de Andorra”, en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, UNED-El Derecho, Madrid, 2006, pág. 383.

⁴⁸ Viñas Farré, Ramón, “El contrato de unión estable de pareja en el Principado de Andorra. Conflicto de leyes.”, en *Estudios sobre contratación internacional*, Editorial COLEX, Madrid, Calvo Caravaca–Carras-cosa González (direc.), 1ª edición, 2006, pág. 731.

4) A los efectos de aplicación de la ley cualificada de inmigración, las uniones estables de pareja se equiparan al matrimonio y ello repercute, igualmente, a los efectos de aplicación de la vigente legislación impositiva sobre transmisiones patrimoniales inmobiliarias: sin embargo, será luego necesario, *para realizar correctamente la labor hermenéutica, operar una restricción en la norma que ha sido redactada con demasiada amplitud y, en consecuencia, proceder solamente a su aplicación cuando se corresponda con la verdadera finalidad a la que responde. Nos encontramos, pues, ante un supuesto de lo que Karl Larenz califica como “reducción teleológica de la norma”⁴⁹; en principio, pues, cabe rechazar que se apliquen a la familia originada por una unión estable de pareja, las normas establecidas únicamente para la familia matrimonial, en aplicación de la regla “inclusio unius, exclusio alterius”⁵⁰.*

5) *El procedimiento idóneo para resolver las medidas paterno-filiales en el supuesto de parejas no casadas es el abreviado, siempre y cuando los litigantes hayan formalizado su situación como pareja estable mediante su inscripción en el Registro civil; no obstante y por razón de la superior cuantía, esta demanda sólo se puede tramitar mediante un procedimiento ordinario.*⁵¹

Reino de España [Cataluña]

Tratamiento procesal y jurisprudencial de las uniones estables de pareja:

1) Regulación verbal o escrita (escritura pública o privada) de las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes y de sus respectivos derechos y deberes.

⁴⁹ Carrillo Beatriz, “Ley aplicable a las parejas de hecho en derecho internacional privado español”, en *Mundialización y familia*, editorial COLEX, Madrid, Calvo Caravaca-Iriarte Ángel (eds.), 1ª ed., 2001, pág. 412.

⁵⁰ Puig Ferriol Lluís, “Matrimoni—unió estable de parella: aspectes problemàtics.”, *Revista jurídica de Catalunya*, Barcelona, No. 3, 2004, pág. 662.

⁵¹ Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil, Interlocutoria núm. 260-13, de 28/02/2014.

2) *Mientras el Estado no legisle sobre las materias reguladas por esta ley y sobre la correspondiente competencia judicial, corresponde a la jurisdicción ordinaria su conocimiento mediante los procedimientos establecidos : aunque la disposición adicional de la ley catalana, es un precepto redundante y con un valor normativo nulo, si que puede tener un valor indicativo o pedagógico ; de hecho, esta disposición plantea una previsión superflua, ya que mientras una materia no sea atribuida a un orden jurisdiccional diferente, corresponde al orden civil conocer las demandas que se formulen.*⁵²

3) *Sigue pendiente de regulación las necesarias normas de Derecho Internacional Privado y también de Derecho Interregional que nos permita dilucidar qué ley autonómica resulta aplicable cuando dos o más de las 12 leyes autonómicas puedan entrar en conflicto al ser potencialmente aplicables sobre una misma relación de pareja.*⁵³

4) *Un aspecto novedoso que resulta destacable y que aún sigue sin regularse en el derecho español, es el relativo a la normativa sobre inmigración, sobre la que se produce, en la ley andorrana, una equiparación entre la unión estable de pareja y el matrimonio.*⁵⁴

5) *Tras 14 años de convivencia, sin descendencia común, quedó extinguida la relación de pareja “more uxorio” de la demandante, la cual consintió, en todo momento, la disposición por el demandado de los fondos de propiedad exclusiva de la actora y que fueron destinados para afrontar los gastos derivados de la normal convivencia, habiendo de ser soportados, por partes iguales, con sus respectivos ingresos por los miembros de la pareja, según convenio firmado entre ambos y ante Notario, 8 años de la entrada en vigor de la ley catalana de referencia : se desestimó la demanda porque durante la situación de convivencia, la demandante*

⁵² Caballol Angelats, Lluís, “Dimensió procesal de la ruptura de les unions estables de parella”, *Revista catalana de dret privat*, Barcelona, Vol. 3, 2004, pág. 86.

⁵³ Villagrasa Alcaide Carlos, “Comentarios a la Ley de uniones estables de pareja del Principado de Andorra”, en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, UNED-El Derecho, Madrid, 2006, pág. 384.

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 387.

siempre consintió que de sus fondos pudiera utilizar su pareja, ahora demandada, para atender a las necesidades comunes derivadas de la dicha situación convivencial y además se pactó renunciar a cualquier acción que pudiera corresponderles en orden a la reclamación de cualquier indemnización o pensión derivada del tiempo que convivieron juntos⁵⁵; aprovechemos los argumentos redundantes de esta sentencia, para recordar que la escritura constitutiva se puede confundir con la escritura reguladora de la convivencia y luego quizás sea mejor plasmarlas en documentos separados.⁵⁶

República del Ecuador

Designación y fecha de publicación oficial de la ley:

Ley reformativa al código civil

[Registro oficial 526 – segundo suplemento, 19 junio 2015]

Configuración legal – despliegue reglamentario:

Reforma de 4 de los 12 artículos que conforman el libro I, título IV del código civil ecuatoriano, titulado *de las uniones de hecho*: artículos 222 a 233; la reforma afecta, además de los artículos 222, 223, 230 y 233, al artículo 332 del citado código y, asimismo, introduce una *disposición reformativa única*, interesando el artículo 26 de la Ley de Registro Civil, el cual, en su apartado IV, contempla a las uniones de hecho.

Concepto de unión de hecho:

La unión estable y monogámica entre 2 personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los

⁵⁵ Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil, Sentencia núm. 13–recurso de casación y de infracción procesal núm. 105/09,

⁵⁶ Solé Resina Judith, “Unions estables de parella homosexuals”, *Situacions de convivència diferents del matrimoni*, Editorial Càlamo, Barcelona, Gete-Alonso–Ysàs–Solé, 1ª edición, 2003, pág. 68.

mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes. La unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo.

Comentario crítico:

Definición analógica que legitima a la unión de hecho como un estatus jurídicamente equiparable al matrimonio (recordemos que la unión de hecho no crea estado civil); que su regulación esté incorporada en el código civil, facilita la remisión a los requisitos personales exigidos, a contrario, para poder contraer matrimonio y que, por tanto, también cabe observar en la constitución de una unión de hecho [artículo 223 *in fine*, en relación con el artículo 95]. La apelación a la monogamia es recogida, por ejemplo, por la jurisprudencia brasileña, la cual rechaza las *uniones estables paralelas*. Sin embargo, y pese a la invocación inicial al Derecho de familia, se efectúa un tratamiento jurídico de la unión de hecho más propio del Derecho civil patrimonial: que la *sociedad de bienes* aparezca como persistente telón de fondo de este articulado sectorial, nos demuestra que se procura, igualmente, una definición de la unión de hecho interesadamente patrimonialista (y ello a pesar de su sinonímica coexistencia con la *sociedad conyugal*), más proclive, pues, a destacar las consecuencias económicas de esta unión, que a repercutir sobre el despliegue de los derechos civiles de la personalidad, los cuales quedan implícitamente subsumidos en una interpretación extensiva del derecho sustantivo que regula el matrimonio; por tanto, a pesar de haber transcurrido cerca de cuatro décadas desde la despenalización del concubinato en la República del Ecuador, la unión de hecho aparece sucintamente regulada, o mejor, limitada a los justos términos exigidos por el pragmatismo judicial; no obstante y pese a desplazar el requisito temporal de los más de 2 años de convivencia del artículo 222 al siguiente, el primero de ellos incorpora una cláusula discursiva de cierre que recupera y subraya la narratividad iusprivatista de la definición original: *la unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo*; en consecuencia, también nos hallamos ante una definición normativamente elíptica, esto es, un enunciado que reconduce, con gran eficacia expositiva, el contenido fundamental de sus reglas básicas, facilitando, a la sazón una lectura contractualista de la norma seminal.

Tratamiento procesal y jurisprudencial de la unión de hecho:

1) *Las juezas y jueces de la familia, mujer, niñez y adolescencia conocerán y resolverán, en primera instancia, las causas referidas a las uniones de hecho, en base a lo previsto en la ley que las regula [artículo 234, numeral 2, del código orgánico de la función judicial]; desde una perspectiva abstracta, los juzgados de familia podrían considerarse los juzgados más aptos y bien preparados para conocer este tipo de litigios.*⁵⁷

2) *La terminación de la unión de hecho se tramita por juicio rápido, incoado a partir de una demanda escrita, esto es, responde a un procedimiento voluntario [artículo 334, numeral 3, del código orgánico general de procesos]; sin embargo, la doctrina española omite la obligación de acudir ante un juez de lo civil, al considerar que las parejas de hecho reguladas legalmente no necesitan acudir a un juzgado para que se declare disuelta la unión, ya que las causas de disolución o extinción son, en su mayoría, automáticas.*⁵⁸

3) *Se establece la filiación y las correspondientes paternidad y maternidad por el hecho de haber sido concebida una persona dentro de una unión de hecho, estable y monogámica, cuando haya sido legalmente y/o voluntariamente reconocida, o bien, judicialmente declarada [artículo 24 del código civil] ; en la legislación andorrana, la determinación de la paternidad no matrimonial se efectúa mediante el reconocimiento formal realizado en acta de nacimiento, testamento, documento público o por medio de expediente registral... mientras que la determinación judicial de la filiación puede derivar de una sentencia firme dictada en un procedimiento penal, o bien, en un procedimiento civil.*⁵⁹

⁵⁷ Caballol Angelats, Lluís, “Dimensió procesal de la ruptura de les unions estables de parella”, *Revista catalana de dret privat*, Barcelona, Vol. 3, 2004, pág. 78.

⁵⁸ Pérez Martín, Antonio, “Capítulo III—disolución de las uniones de hecho—procedimiento contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho”, *Tratado de derecho de familia*, Editorial LEX NOVA, Valladolid, 2da edición, Tomo I, Vol. I, 2011, pág. 161.

⁵⁹ Gete-Alonso y Calera María del Carmen, “La filiación”, *Fonaments de dret privat Andorra – dret de la persona i de la família –*, Andorra la Vella, 1ª ed., vol. I, 2005, págs. 362, 367 y 368.

4) La calificación con arreglo a la “*lex causae*” presenta un círculo vicioso, porque si ante una relación económica pactada entre dos personas que habitan de forma estable, concluyo que no es un mero contrato sino un efecto patrimonial de una unión estable, es porque previamente no he realizado una labor de aislamiento del tipo legal y no puedo preguntar al Derecho ecuatoriano, por ejemplo, por la naturaleza de la relación económica entre las dos personas, ya que si pregunto a este Derecho por entenderlo aplicable es porque previamente he calificado tal relación como unión estable y la norma de conflicto referente a los efectos patrimoniales de dichas uniones me ha conducido a ese ordenamiento extranjero.⁶⁰

5) es necesario recordar que los artículos 222 y 232 del código civil señalan que las parejas en unión de hecho tienen los mismos derechos legales que las parejas casadas siempre que sean parejas estables, monogámicas, sin vínculo matrimonial, si se cumplen estos requisitos se generan una sociedad de bienes. Ahora bien, usualmente no se registran las uniones de hecho y se dificulta la prueba del vínculo matrimonial al momento de la separación o para disponer de los bienes adquiridos durante la unión.⁶¹

Estados Unidos Mexicanos [México - Distrito Federal]

Designación y fecha de publicación oficial de la ley:

Ley, de 17 de marzo de 2007, de sociedad de convivencia para el Distrito Federal

[Gaceta oficial del DF, décima sexta época, 16 noviembre 2006, n° 136]

Configuración legal – despliegue reglamentario:

4 capítulos – 25 artículos – 3 transitorios

Concepto de sociedad de convivencia:

⁶⁰ Espiñeira Soto Inmaculada, “El Notario ante las parejas de hecho con elemento internacional. Ecuador, un punto de partida para una exposición práctica.”, *La Notaria. Revista del Colegio de Notaris de Catalunya*, Madrid, núm. 42, 2007, pág. 167.

⁶¹ Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, Resolución núm. 0106, juicio No. 0066-2012.

La sociedad de convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.

Comentario crítico:

Definición dogmática que abraza directamente los postulados de la teoría general del negocio jurídico y los fundamentos de la personalidad civil, es decir, está *construida mediante conceptos doctrinarios del Derecho Civil*⁶² y, por tanto, su enunciado, eminentemente técnico, pretende establecer una definición operacional con un claro valor admonitorio y/o pedagógico para los convivientes:

fundándose la distinción entre actos y hechos jurídicos sobre la trascendencia o no de la conciencia y voluntad humana, típicamente configuradas, la operación continúa siendo un simple hecho cuando el Derecho no valore la actividad humana en sí misma, sino el resultado de hecho en que ella desemboque, Por el contrario, la operación asciende a acto jurídico cuando el Derecho, al unir a ella una nueva situación jurídica, valora, con respecto al autor, la conciencia que regularmente la acompaña y la voluntad que normalmente la determina.⁶³

En este sentido, resulta un acierto utilizar el término sociedad que remite a la *affectio societatis*, la cual debe convivir, necesariamente, con la *affectio maritalis*, ya que en los supuestos en los que existiendo convivencia, no existe el afecto marital, ésta no puede ser calificada como presupuesto de una pareja estable⁶⁴, de esta forma se consigue una designación autónoma que incide las notas de la voluntad y el mutuo consentimiento y que permite una

⁶² López Valdés Llasmani, “La sociedad de convivencia en el DF y sus consecuencias jurídicas”, *Alegatos. Revista del departamento de Derecho de la división de Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco*, México, No. 67, setiembre-diciembre 2007, pág. 484.

⁶³ Betti Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Comares, Granada, 1ª ed., trad. de A. Martín Pérez, 2000, pág. 16.

ulterior independencia conceptual, con la triple, casi consecutiva, repetición (artículos 2 ; 3 y 7.III) de unas obligaciones sinérgicamente establecidas: *hogar común – voluntad de permanencia – ayuda mutua*, las cuales habrá que cumplir, imperativamente, de buena fe (artículo 17 in fine en relación con los artículos 19 y 20.IV).

En consecuencia y habida cuenta de la notable juridificación semántica de los conceptos definitorias de la unión de hecho mexicana, no podemos aceptar plenamente la tendenciosidad que provoca una crítica demasiado ortodoxa : *el uso del término “conviviente” en lugar de socio, que es el término jurídico adecuado para designar a los miembros de una sociedad, indica que la ley pone énfasis en el hecho de la convivencia, más que en la voluntad asociativa, lo cual es un signo de una tendencia de prevalencia de los hechos sobre el derecho*⁶⁵, ya que resulta incongruente practicar una mera abstracción de lo fáctico, marginando el elemento espiritual y/o volitivo que conforma el *hecho* convivencial, en este sentido, recordemos que la legislación civil argentina considera que *el objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana*.

Tratamiento procesal y jurisprudencial de la sociedad de convivencia:

1) El juez competente para conocer y resolver cualquier controversia que se suscite con motivo de la aplicación de la ley de sociedad de convivencia, es el de primera instancia, según la materia que corresponda; en Catalunya, *según la ubicación institucional, se distingue entre la mediación familiar jurisdiccional y la mediación familiar independiente de toda jurisdicción, de manera que algunos equipos técnicos de los juzgados pueden llevar a cabo sesiones de mediación familiar por indicación del juez del cual dependen*.⁶⁶

⁶⁴ Pou Ampuero, Felipe, “Constitución de pareja estable y consentimiento”, *Revista jurídica de Navarra*, Pamplona, núm. 46, julio-diciembre 2008, pág. 217.

⁶⁵ Adame Goddard, Jorge, “Análisis y juicio de la Ley de Sociedad de Convivencia para el DF en México”, *Dikaion. Revista de fundamentación jurídica-Universidad de La Sabana*, Chía-Colombia, Vol. 16, noviembre 2007, 54-n.mg. 2.

2) *el registro no es necesario para la validez de la sociedad de convivencia, pero surte efectos contra tercero sólo si se registra*⁶⁷; validez y eficacia deberían aunarse legislativamente en previsión de futuras disfunciones, intensificando o recordando a los convivientes la naturaleza jurídica contractual de la opción convivencial a la cual se acogen y que sólo la garantía ofrecida por la *fe pública*, puede evitar o, en el mejor de los casos, atenuar, consecuencias sucesorias indeseadas e imposible de rectificar ;

3) para el caso de terminación de la sociedad de convivencia, se establece el derecho a reclamar una pensión alimenticia durante el año siguiente a la verificación oficial de este hecho; este plazo de preclusión, regulado en el artículo 21 es plenamente congruente con el contenido del artículo 1: *las disposiciones contenidas en la presente ley son de orden público e interés social*, de ahí que sea imperativo señalar cual es el *dies ad quem* o día del vencimiento, que impide homologar legalmente los actos que no se hayan realizado en su debido tiempo; esta norma es una excelente aplicación del concepto *tempus clausus*, esto es, del tiempo en el cual la realización de determinados actos jurídicos carece de validez, noción también rastreable en el *ius commune*: así, el *utile tempus* implica la pérdida de un derecho por inacción de su titular ;

4) resulta adecuado implicar el concepto de la buena fe con los aspectos procesales que regulan la sociedad de convivencia, la buena fe aparece explícitamente en el artículo 17 *in fine* y se contrapone, implícitamente, con la doble citación adverbial de los artículos 19 y 20.IV [*dolosamente*]; sin embargo, la legislación andorrana sólo la contempla incidentalmente, referida, pues, a los *derechos del tercer adquirente de buena fe* [artículo 10.2 de la Ley 4/2005] y ello a pesar del interés de la jurisprudencia andorrana por destacar que *el principio de buena fe o lealtad intersubjetiva comporta la inserción de la ética dentro del proceso y, por tanto, el rechazo a las conductas*

⁶⁶ Ripol-Millet, Aleix, *Separació i divorci: la mediació familiar.*, Centre d'estudis jurídics del departament de justícia de la Generalitat de Catalunya–*Justícia i societat*, Barcelona, 1ra edició, No. 13, 1994, pág. 60.

⁶⁷ Adame Goddard, Jorge, “Análisis y juicio de la Ley de Sociedad de Convivencia...”, pág. 53.

interesadas y sinuosas, en definitiva, carentes de ser dignas de tutela⁶⁸, el juez, en consecuencia, debe prevenir y sancionar cualquier acto contrario a la buena fe que se produzca en el seno de la sociedad de convivencia, puesto que, con Savigny, debemos recordar que la mala fe es la conciencia de una injusticia real ;

5) Es indiscutible que la sociedad de convivencia, al igual que el matrimonio y el concubinato, es una institución cuya finalidad es proteger relaciones de pareja, basadas en la solidaridad humana, la procuración de respeto y la colaboración. Ahora bien, el hecho de que las tres modalidades constituyan instituciones similares, no equivale a sostener que existe un derecho humano que obligue a regular idénticamente tales instituciones, ya que éstas tienen sus particularidades y no pueden equipararse en condiciones ni en efectos; sin embargo, el derecho a la igualdad implica que no pueden permitirse diferencias de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares sin que exista un ejercicio legislativo de motivación y justificación, por lo que tal juicio de relevancia es aplicable para la sociedad de convivencia respecto de las instituciones del matrimonio y concubinato, por tratarse de vínculos familiares⁶⁹; en la misma línea ya se pronunció la doctrina española y, en particular, Rafael Navarro-Valls: en realidad, sería muy difícil una regulación orgánica de la unión de hecho que no produjera una doble desnaturalización: la de la propia unión libre, que perdería su utilidad y perfiles en cuanto se la somete a reglas no pensadas para ella; y la de la familia de base conyugal que, por la progresiva extensión de efectos a la familia de hecho, vería poco a poco diluida su propia configuración.⁷⁰

República Argentina

Designación y fecha de publicación oficial de la ley:

⁶⁸ Tribunal Superior de Justicia de Andorra, Sala Civil, Interlocutoria núm. 1038, de 14/05/1998.

⁶⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Primera Sala, Tesis aislada núm. 1ª - CCCLXXVI/2014 (10ª), libro 11, tomo I, octubre de 2014.

⁷⁰ Navarro-Valls, Rafael, “Las uniones de hecho en el Derecho Comparado”, en *Uniones de hecho*, eds. de la Universitat de Lleida, Lleida, 1ª edición, 1998, pág. 31-32.

Código civil y comercial de la Nación – Ley 26.994: sancionada: 1 octubre 2014 // promulgada: 7 octubre 2014– Libro segundo – *Relaciones de familia* – Título III – *Uniones convivenciales*.

[Boletín oficial de la República Argentina – año CXXII – núm. 32.985 – 8 octubre 2014]

Configuración legal – despliegue reglamentario:

4 capítulos – 20 artículos

Concepto de unión convivencial:

La unión convivencial se basa en relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo.

Comentario crítico:

Definición sociológica basada en términos genéricos y /o complementarios: *afectividad – comunidad; singularidad – sexualidad; publicidad – historicidad*, que convergen y quedan jurídicamente homologados en el concepto, también sociológico, *vivienda familiar* y /o *hogar familiar*, posteriormente espiritualizado en la noción *interés familiar* (el uso definitorio de *domicilio*, expresando el *animus manendi*, supondría la inserción de un término, más estrictamente jurídico, en el núcleo expositivo de la unión convivencial), el cual, a su vez, se puede configurar en una unión homosexual, o bien, heterosexual: en este sentido, destaca la exigencia de la *singularidad o exclusividad en el vínculo*, según afirma Natalia de la Torre, la cual responde al modelo monogámico socialmente aceptado⁷¹. Asimismo, el artículo 515 introduce una cláusula para constreñir a los convivientes hacia el espíritu de la buena fe contractual, prohibiendo una convivencia anómala o, en todo caso, constitucionalmente aberrante; por esta razón, se persigue, a lo largo de los 20

artículos, la alteridad y, en consecuencia, se promueve una defensa jurídica, especialmente tuitiva, para la *parte débil* de la unión convivencial.

En consecuencia, la unión convivencial se construye normativamente bajo el principio de igualdad, exigiendo el mutuo acuerdo de los convivientes en los diferentes aspectos regulatorios: su registración, modificación y/o rescisión, liquidación contable y, por supuesto, su cese. Con la intención de que las mencionadas *relaciones afectivas* tengan eficacia jurídica, el legislador ha contemplado todos los segmentos temporales, desde los requisitos preformativos hasta los conclusivos, afectando, además de los convivientes y a los inefables terceros, a implicados directos especialmente vulnerables (menores discapacitados); el compromiso hacia esta escrupulosa tutela de intereses culmina significando un admonitorio *dies fatalis*, esto es, el plazo de caducidad de 6 meses del artículo 525 *in fine*, que permite reclamar una compensación económica para el caso de cese convivencial.

Tratamiento procesal y jurisprudencial de la unión convivencial:

1) *Las acciones que surjan como consecuencia de la unión convivencial deben presentarse ante el juez del domicilio efectivo común de las personas que la constituyen o del domicilio o residencia habitual del demandado. La unión convivencial rige por el derecho del Estado en donde se pretende hacer valer.* [Artículos 2627 y 2628 del código civil y comercial]: en la medida que expresa el principio de territorialidad de la ley procesal, la finalidad de la regla *lex fori regit processum* es la evitar que las partes sometan el proceso judicial a las normas de un determinado Estado, salvando lo que disponen los tratados y convenios internacionales; por otra parte, la *lex fori* tiene la ventaja de poder definir jurídicamente cualquier situación privada con posible elemento internacional. En este sentido, los conceptos *domicilio efectivo común*

⁷¹ De la Torre, Natalia, “Comentario al artículo 509 en *Código civil y comercial de la Nación comentado. Tomo II – libro segundo. Artículos 401 a 723.*”, INFOJUS, Buenos Aires, M. Herrera, G. Caramelo, S. Picasso (direc.), 1ª ed., 2015, pág. 196.

y/o residencia habitual, permiten el juego interpretativo del *domicilium voluntarium* (el domicilio por elección) y el *domicilium necessarium* (estipulado por el influjo práctico del derecho)

2) Los artículos 721 y 722 del código civil y comercial, referidos a las medidas provisionales relativas, respectivamente, a las personas y a los bienes, en el divorcio y en la nulidad matrimonial, *son aplicables a las uniones convivenciales, en cuanto sea pertinente* [artículo 723]: estas normas desarrollan el principio de discrecionalidad procesal que se atribuya al juez, ya que profundiza, desde el punto de vista del Derecho de Familia, en el esquema patrimonialista del título III;

3) La regulación normativa de la unión convivencial permite al juez una actuación procesal eminentemente potestativa, en la cual el facultativo *puede* supera al imperativo *debe*, tendencia que no debería contribuir al *voluntarismo judicial*, es decir, que el juez impusiera aquello que considerase *justo*, siendo, no obstante, contrario a la normativa procesal y, por ende, material ; no obstante y sin perjuicio de posibles desviaciones interpretativas, el *tempus regit actum* que procesalmente se delimita a lo largo del articulado, es plenamente garantista, procurando ventilar cuestiones de orden material, aunque, sin duda, vestibulares al imprescindible bienestar psicológico de la parte afectada y por ello tampoco olvida, como garantía procesal, que, *a elección del actor*, sea competente *el juez del último domicilio convivencial o el del demandado* [artículo 718 del código civil y comercial]

4) *La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común* [artículo 523.g del código civil y comercial]: se deja al libre albedrío de los convivientes la posibilidad de *congelar* y/o determinar la magnitud temporal del cese convivencial, puesto que no se establece un plazo procesal máximo que indique los *dies a quo* y *dies ad quem*, toda vez, que se recurre a la volubilidad sentimental como elemento de valoración procesal;

5) *En este contexto socio-cultural, nadie puede negar, como dato de la realidad sociológica, la existencia de múltiples tipos o formas de “familia”, entre las cuales destacan –cuantitativa y cualitativamente- las denominadas “uniones convivenciales o de hecho”. Las “uniones convivenciales” tienen tutela constitucional y, por tanto, merecen tutela legal autónoma, pero ello no significa que el legislador esté obligado a otorgarle los “mismos derechos y obligaciones” que adjudica a las parejas unidas a través de la institución matrimonial, En el ámbito Latinoamericano, la mayoría de los países privilegian en sus ordenamientos jurídicos la regulación de la “familia matrimonial”, sin perjuicio de reconocer algunas escasas consecuencias jurídicas a las “uniones de hecho” (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Panamá, República Dominicana, Colombia); otros tienen una postura abstencionista respecto al “concubinato”, asignándole escasos efectos (Argentina, Chile) y, finalmente, solo tres equiparan las consecuencias legales entre ambas instituciones familiares: Bolivia, Ecuador y Panamá⁷²: sin embargo, si que existe en la normativa argentina sobre las uniones convivenciales, una preservación de los efectos procesales fundamentales y, de hecho, las normas referidas a la constatación registral de la unión convivencial y también a la responsabilidad solidaria de los convivientes, ayudan a esclarecer la legitimación procesal [ad causam ; ad processum].*

República Oriental del Uruguay

Designación y fecha de publicación oficial de la ley:

Ley 18.246, de 27 diciembre 2007, de unión concubinaria

[Diario oficial de la R.O. del Uruguay, núm. 27.402, año CIII, 10 enero 2008]

Configuración legal – despliegue reglamentario:

6 capítulos – 27 artículos – actualización de algunas disposiciones del

⁷² Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala Primera, resolución No. 65, de 31 de julio de 2014.

decreto núm. 359/995 de 21 de setiembre de 1995, interesando el reglamento pensionario previsto en la ley 16.173 de 3 setiembre 1995, siendo practicada en atención al contenido del capítulo V de la ley 18.246, de 27 diciembre 2007.

Concepto de unión concubinaria:

Se considera unión concubinaria a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas –cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del artículo 91 del código civil.

Comentario crítico:

Definición paramatrimonial y, por ello, parcialmente antitética con la definición de matrimonio, puesto que plantea una *situación de hecho* confrontada con una *situación de derecho*, esto es, una *convivencia anómica en pareja*⁷³, pero sin excluir las notas psicológicas y temporales fundamentales, que son comunes a ambas instituciones: afectividad, singularidad y estabilidad, las cuales son aglutinadas en el concepto *comunidad de vida*, es decir, una *comunidad de cuidados y responsabilidades*⁷⁴; sin embargo, resulta paradójico que la única denominación no eufemística referida a las parejas no unidas por vínculo matrimonial y que la *doctrina española rechaza debido a su carácter peyorativo*⁷⁵, –quizás etimológicamente justificado: *cum cubare* – utilice una semántica más propia del humanismo jurídico, que de índole estrictamente técnico-jurídica: la *comunidad de vida* procura el

⁷³ Martín-Casals, Miquel, “El derecho a la convivencia anómica en pareja: ¿un nuevo derecho fundamental?”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho – Universitat Pompeu Fabra.*, Barcelona, No. 3, julio 2013, pág. 39.

⁷⁴ Pou Ampuero, Felipe, “Constitución de pareja estable y consentimiento”, *Revista jurídica de Navarra*, Pamplona, núm. 46, julio-diciembre 2008, pág. 211.

⁷⁵ Fugardo Estivill, Josep M., “Existir, estar y ser de las uniones estables de pareja”, *La Notaria. Revista del Col·legi de Notaris de Catalunya.*, Madrid, No. 2, 2014, pág. 36.

máximo respeto hacia la libertad y la dignidad de sus integrantes, entonces, no es casualidad que el antiguo aforismo *in communione vel societate nemo compellitur invitus detineri* - nadie puede ser obligado a permanecer, contra su voluntad, en comunidad o sociedad -, sea la antesala de la más cercana sentencia de Voltaire: *la libertad consiste en no depender más que de las leyes*, con lo cual se lanza un certero mensaje de juridicidad contra las denigratorias terminologías moralistas y nos permite, asimismo, una revisión del concepto tradicional de concubinato, desarrollado en 1952, por Luis Moutón Ocampo:

el concubinato supone una unión carnal duradera, continua, persistente, de larga, cuando no perpetua duración, realizada o convenida entre un hombre y una mujer libres, a falta únicamente de estar santificada por el vínculo del matrimonio. En España, el concubinato también fue conocido, aunque al ser transportado de Roma, tomó el nombre de barraganía, la cual, según el mismo autor, era una especie de sociedad conyugal constituida por un hombre y una mujer con el objeto de hacer vida en común, bajo las condiciones de permanencia y fidelidad.

Nótese que las veleidades del lenguaje rancio, expresando lo fundamental (*carnal, santificada*), son ampliadas, en lo temporal, con una adjectivación superlativa (*duradera, continua, persistente, larga, perpetua*), que sólo es atribuible a la pareja heterosexual, la cual, en la variante española, queda sometida a *la obligación de fidelidad*, expresión recogida en la actual legislación uruguaya (artículo 22 de la Ley 18.246), por tanto, existe una evidente distancia ideológica y sólo una aparente vertiente lexicográfica común (el uso de unión como ítem de cabecera), además no debemos olvidar, que también existen *países de tradición profundamente laica como Uruguay*.⁷⁶

⁷⁶ Santos Belandro Ruben, “Las uniones de pareja en la actualidad y su eficacia internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho – Universidad de la República-Uruguay*, Montevideo, No. 28, julio-diciembre 2010, pág. 161.

Tratamiento procesal y jurisprudencial de la unión concubinaria:

1) el reconocimiento de la unión concubinaria se tramitará por el proceso voluntario, sin embargo, si una de las partes considera contrario a sus intereses, lo establecido en esta instancia, podrá promover el proceso contencioso, y de él, una sentencia definitiva, la cual prevalecerá sobre lo resuelto en el proceso voluntario. Por otro lado, la disolución de la unión concubinaria se substanciará por el proceso extraordinario, derivado en una sola audiencia de conciliación; el tribunal se pronunciará en una única sentencia todas las excepciones y defensas. El tratamiento procesal de la unión concubinaria es especialmente ágil y simplificado: a través de la jurisdicción contenciosa, se ofrece a la parte interesada la posibilidad de trasladar, con celeridad, su demanda a un superior nivel litigioso, permitiendo atender, sin dilación, los requerimientos familiares más perentorios; mientras que, por razón de la especial transcendencia de la materia en conflicto, se faculta al tribunal para clausurar el proceso voluntario, ordenando que las partes reconduzcan sus intereses por otra vía procesal. En conclusión, esta flexibilidad procesal doblemente entendida, permite articular una rápida y eficaz tutela de los derechos de los concubinos, sin introducir atisbos de paternalismo jurídico y, luego, fomentando un pleno respeto a sus derechos fundamentales;

2) Domínguez Gil⁷⁷, considera que a las situaciones de nulidad del proceso de reconocimiento judicial de la unión concubinaria, *también se aplican, por remisión, las normas de sociedad conyugal. Aún cuando el sistema matrimonial surte al de la unión concubinaria y, en principio, debe ser aplicado, tal remisión no es sinónimo de completa igualación entre ambos estatutos, sino que únicamente rige hasta tanto no resulte incompatible con las normas especiales del régimen de la unión concubinaria; por ello y según el mismo autor, la nulidad procesal quedaría entonces asimilada a la nulidad del matrimonio y, por tanto, lejos de extinguir por completo los efectos producidos por la sociedad*

⁷⁷ Domínguez Gil Daniel, “Régimen patrimonial de la unión concubinaria”, *Anuario de derecho civil uruguayo*, Montevideo, No. 40, 2009, pág. 899-900.

de bienes irregular, tan sólo la disolvería, poniendo fin a un régimen patrimonial legal que hasta ese momento permaneció vigente, manteniéndose incólumes todas las consecuencias hasta entonces generadas por el mismo;

3) Un sector doctrinal considera que la sentencia que reconoce la unión concubinaria *tiene más características de declarativa que de constitutiva, porque el reconocimiento es una prueba, una constatación de un hecho y la sentencia lo declara. Eso es el reconocimiento en términos judiciales, un medio de prueba, al punto que hay procesalistas que lo asimilan a la inspección doctrinal*⁷⁸, mientras que Domínguez Gil⁷⁹, se inclina por una caracterización constitutiva, ya que los efectos en la unión concubinaria *se verifican como consecuencia de su reconocimiento judicial y nunca antes, es decir, sólo pueden comenzar al tiempo de nacer el régimen de bienes, indefectiblemente supeditado al reconocimiento inscripto*; la eficacia de la sentencia constitutiva depende del derecho que declara, por tanto, la misma tiene una mayor trascendencia procesal, ya que permite reconocer, disolver, o bien, modificar una unión concubinaria ; mientras que la sentencia declarativa implica la mera declaración de la existencia, o bien, inexistencia, de la unión concubinaria, sin que de la misma surja ningún título ejecutivo y, en consecuencia, ahí se agota el contenido de la sentencia;

4) La ley reclama como elemento primordial que la convivencia se genere en virtud de una relación afectiva de índole sexual; noción que no debe confundirse con genitalidad. La ley no exige una relación genital sino que la relación afectiva trascienda del mero compañerismo, persiguiendo la finalidad de asumirse y reconocerse como pareja; extremos que podrán probarse a través de indicios tales como la presentación en tal carácter en diversos círculos sociales, o por expresiones de afecto de aquellas que las distinguen de las que son habituales entre amigos o familiares, o bien con

⁷⁸ Cambiasso Susana y Azar Mercedes, “Aspectos de la unión concubinaria y la sociedad de bienes”, *Revista de la asociación de escribanos del Uruguay*, Montevideo, No. 1–6, T. 95, enero-junio 2009, pág. 22.

⁷⁹ Domínguez Gil Daniel, “Régimen patrimonial de la unión concubinaria”, *Anuario de derecho civil uruguayo*, Montevideo, No. 38, 2008, 680.

comportamientos cotidianos que demuestran la verdadera naturaleza del vínculo⁸⁰; importa esta reflexión doctrinal por cuanto permite identificar a quien corresponde la legitimación activa en los procesos derivados de la unión concubinaria: la atribución personal y la posterior fiscalización judicial del objeto del proceso, clarifica el verdadero poder de disposición de quien cree legalmente consolidada su condición concubinaria, la cual, pues, debe superar no sólo los filtros de la *afectividad trascendente*, sino también de su constancia en el Registro nacional de uniones concubinarias, circunstancias fundamentales que posibilitan la aplicación, a través de la legislación civil uruguaya, del principio *lex loci celebrationis*, es decir, subsumir el análisis judicial del proceso a la ley del lugar de celebración;

5) *La Suprema Corte de Justicia desestima el recurso de casación, por entender que la valoración de la prueba, que concluyó en la inexistencia de la relación concubinaria, no fue absurda ni arbitraria, ni efectuada en contravención con las reglas de la sana crítica. Afirma que a los efectos del reconocimiento de la unión concubinaria, no se consideraron acreditados los elementos “estabilidad” y “exclusividad” o “singularidad”, legalmente requeridos. La “comunidad de vida” no está acreditada plenamente, pudiendo encartarse la situación como “concubinato en sentido amplio”, donde el fallecido visitaba con cierta frecuencia a la actora, le pagaba el alquiler y cuentas, pero sin voluntad de constituir una familia, por lo que estaría ausente el concepto de “comunidad de vida”. Testigos hábiles, no descalificados (vecinos, personas muy allegadas al comercio y a la familia del difunto) advirtieron una realidad muy diferente, esto es, que no había “comunidad de vida” alguna, sin ningún atisbo del elemento subjetivo del proyecto de vida en común con la actora. Como señala Carozzi (2008), la “comunidad de vida” debe fundarse en una relación afectiva de índole sexual, puesta de manifiesto por el cúmulo de elementos que rodean a los miembros de la unión, del trato que los mismo se dan ante terceros, de la presentación que hacen como integrantes de una pareja y de la fama que de dicho trato surge.*⁸¹

⁸⁰ Domínguez Gil Daniel, “Régimen patrimonial...”, 2008, pág. 678.

⁸¹ Corte Suprema de Justicia del Uruguay, sentencia definitiva No. 208/2015, de 26 de agosto de 2015.

República de Portugal

Designación y fecha de publicación oficial de la ley:

Ley 23/2010, de 30 de agosto: 1ª alteración de la Ley 7/2001, de 11 de mayo, que adopta medidas de protección de las uniones de hecho, 3ª alteración del Decreto-Ley 322/90, de 18 de octubre, que define y reglamenta la protección ante la eventualidad de la muerte de los beneficiarios del régimen general de la seguridad social, 53ª alteración del Código Civil y 11ª alteración del Decreto-Ley 142/73, de 31 de marzo, que aprueba el Estatuto de las Pensiones de Supervivencia.

[Diário da República, 1ª serie, nº 168, 30 agosto 2010]

Ley 2/2016, de 29 de febrero, que elimina las discriminaciones que impiden la adopción, el apadrinamiento civil y demás relaciones jurídicas familiares, procediendo a la 2ª alteración de la Ley 7/2001, de 11 de mayo, 1ª alteración de la Ley 9/2010, de 31 de mayo, 23ª alteración del Código del Registro Civil, aprobado por el Decreto-Ley 131/95, de 6 de junio y 1ª alteración del Decreto-Ley 121/2010, de 27 de octubre.

[Diário da República, 1ª serie, nº 41, 29 febrero 2016]

Configuración legal – despliegue reglamentario:

Ley 23/2010: 11 artículos.

Ley 2/2016: 7 “

Concepto de unión de hecho:

La unión de hecho es una situación jurídica de dos personas que, independientemente de su sexo, viven, desde hace más de dos años, en condiciones análogas a la de dos cónyuges.

Comentario crítico:

Definición ideológicamente progresista y normativamente congruente, ya que mantiene los extremos conceptual [*situación jurídica*] y temporal [*más de dos años*] de su estructura semántica fundamental, la cual ha sido, en atención a los cambios experimentados en la realidad social, paulatinamente modificada: la Ley 135/99, *restringía todavía su ámbito de aplicación a las uniones heterosexuales. Por este motivo, en 2001, el legislador amplió el ámbito subjetivo de la ley, para incluir las uniones de hecho homosexuales*⁸²; además la Ley 23/2010 profundiza en la equiparación entre matrimonio y unión de hecho, recuperando el enunciado interpretativo *condiciones análogas*, ya incluido en el artículo 2020.1 del Código civil (DL 496/77; por ello, concordamos con el pensamiento de Pessoa, afirmando que *la gramática, definiendo el uso, hace divisiones legítimas y falsas* y es que incrustando una nueva esfera conceptual en un objeto, pretendidamente secundario, desapoderamos, tal vez desambiguamos, el contenido operativo de un objeto principal (en este sentido, véase el contenido de la reciente Ley 2/2016), operación que, por hipertrofia legislativa, puede comportar desdibujar los límites de la naturaleza jurídica de ambas instituciones, ya que a este proceso de asimilación también contribuye la citada analogía: es decir, la exigencia de una *plena* comunidad de vida, conlleva la observancia de los deberes conyugales fundamentales [*respeto, fidelidad, cohabitación, cooperación, asistencia*], lo cual supone solemnizar, aún más, la unión de hecho, dotando de un mayor reconocimiento legal a la comunidad de *mesa, cama y habitación*.

Tratamiento procesal y jurisprudencial de la unión de hecho:

1) Impide la atribución de derechos o beneficios, en vida o por fallecimiento, fundados en la unión de hecho: tener una edad inferior a los 18 años, en la fecha de reconocimiento de la unión de hecho; demencia notoria, aún teniendo intervalos lúcidos y una interdicción o inhabilitación por

⁸² Cândido Martins Rosa, “La muerte del matrimonio: ¿mito o realidad en el derecho portugués?”, *Anuario da faculdade de direito da Universidade da Coruña*, A Coruña, No. 16, 2012, pág. 232.

anomalía psíquica, salvo que la demencia o la anomalía se verifiquen en un momento posterior al inicio de la unión de hecho; matrimonio no disuelto, salvo que se haya sido decretada la separación de personas y bienes; en la primera edición de la obra de Antoni M. Borrell Soler, Derecho civil vigente en Cataluña, publicada en catalán en el año 1923, y que fue, durante el siglo pasado, el texto doctrinal de referencia para el derecho privado andorrano, encontramos, en su segunda edición, publicada en español en el año 1944, una reflexión al respecto, que aún conserva su validez hermenéutica: *la falta de edad competente, como las enfermedades mentales, limita o anula la capacidad de obrar, por la misma razón de que ambas limitan o anulan la voluntad del sujeto. Por eso, tales incapacidades sólo afectan a los actos jurídicos que requieren voluntad libre y no a las relaciones jurídicas derivadas de un hecho involuntario. Y así como la inteligencia, luz de la voluntad, se desarrolla paralelamente con la edad, también la ley va reconociendo mayor capacidad de obrar a medida que la edad adelanta.*

2) El extranjero que, a fecha de la declaración, viva en unión de hecho desde hace más de 3 años con una persona de nacionalidad portuguesa, podrá adquirir tal nacionalidad, después de un acto de reconocimiento de tal situación ante un tribunal civil; el artículo 3.3 de la Ley 37/81, de nacionalidad, plantea un supuesto de naturalización privilegiada, sobretodo si la comparamos en los términos temporales de su isónoma andorrana: *la noción de naturalización en derecho andorrano no se correspondía con la de otros sistemas jurídicos, ya que no era posible ninguna petición de naturalización por simple residencia; todas las situaciones previstas exigían un estrecho vínculo con personas andorranas. Actualmente, la Ley cualificada de la nacionalidad, prevé la naturalización por residencia principal y permanente de 25 años.*⁸³

3) Pueden recusar a prestar declaración como testigos, salvo en casos que tengan como objetivo verificar el nacimiento o fallecimiento de los hijos: quien conviva, o bien, haya convivido, en condiciones análogas a la de dos cónyuges con alguna de las partes de la causa: no procede el incidente de tacha de los testigos cuando su interposición sea contraria a

⁸³ Viñas Farré, Ramón, *Dret internacional privat del Principat d'Andorra – vol. I*, 1ª ed., Madrid, ed. Marcial Pons, 2002, pág. 236.

la buena fe procesal, colisionando contra el interés superior del menor, o bien, contra el orden público; en consecuencia, el menor tendrá derecho a unas especiales medidas de protección procesal y que pueden constituir el preámbulo de unas posteriores medidas cautelares, desplegando, por tanto, la eficacia del principio *favor filii*.

4) Los progenitores ejercen la patria potestad de común acuerdo y en ausencia de éste, afectando a cuestiones de especial importancia, cualquiera de ellos puede recurrir al tribunal, el cual procurará una conciliación; de no ser posible, el tribunal escuchará, antes de decidir, al hijo mayor de 14 años, salvo que circunstancias excepcionales lo desaconsejen: en la legislación civil catalana, la autoridad judicial puede remitir a los convivientes a una sesión informativa sobre mediación, si considera, en atención a las circunstancias del caso, que aún es posible llegar a un acuerdo (artículo 233-6-3 del código civil de Catalunya); mientras que en la legislación procesal española, los mayores de 12 años disfrutan, en todo caso, del derecho de audiencia, el cual también será aplicable a otros menores y/o incapaces, si tuvieran *juicio suficiente* (artículo 770.4 de la Ley de enjuiciamiento civil). Aquellos que, en el momento de la muerte de una persona no casada o separada judicialmente, vivan con el fallecido, desde hace más de dos años y en condiciones análogas a la de dos cónyuges, tienen derecho a exigir alimentos del patrimonio relicto; en caso de no poder obtenerlos, estarán vinculados a esta prestación alimentosa y por este orden: el cónyuge o excónyuge, los descendientes, los ascendientes, los hermanos. En las legislaciones andorrana y catalana, en caso de sucesión intestada, el miembro sobreviviente de la unión estable, tiene derecho a recibir el usufructo de un cuarto de la herencia, si los herederos son ascendientes, descendientes, hermanos o hijos de hermanos del difunto; cunado concurre con otros colaterales, tiene derecho a recibir el usufructo sobre la mitad de la herencia; en la legislación andorrana la prestación de alimentos se plantea, primordialmente, como una obligación *inter vivos*, mientras que en la legislación catalana, la persona superviviente tiene derecho a ser alimentada, durante el año siguiente de la muerte de su compañero/a, a cargo del patrimonio relicto.

5) *No existe derecho a indemnización por la ruptura de la unión estable, ni tampoco por los eventuales daños no patrimoniales, que tal disolución pueda haber causado. La labor doméstica que desarrolló la demandante durante su convivencia con el fallecido, constituye una contribución libre para la economía común, basada en la mutua ayuda y/o reparto de recursos, sin que ello le confiera un derecho de retribución por el respectivo valor. Durante una década convivieron juntos, como si de esposos se tratara, pero sin haber contraído matrimonio: ella se ocupaba de las labores domésticas y era sabido, por todas sus amistades, que ambos compartían su vida. Sin embargo, el demandado inició otra relación sentimental y luego se plantea si el término de la unión de hecho debería ser equivalente al divorcio: tesis que cabe desmentir puesto que la unión de hecho se distingue, en esencia, del matrimonio, por la ausencia de cualquier vínculo contractual, con sus correlativos derechos y deberes. Aquellos unidos libremente, se juntan, o bien, se separan, sin consecuencias en el ordenamiento jurídico: las normas vigentes sobre matrimonio no son extensivas a la protección jurídica de las uniones de hecho.*⁸⁴

República Federativa de Brasil

Designación y fecha de publicación oficial de la ley:

De la unión estable: título III – libro IV (derecho de familia) del Código civil.

[Diario oficial da União: 11/01/2002]

Artículo 226.3 – capítulo VII (de la familia, del niño, del adolescente y del anciano) de la Constitución Federal del 1988.

⁸⁴ Supremo Tribunal de Justicia de Portugal, Sentencia núm. 3084/07.7TBPTM.E1.S1, de 6 de julio de 2011.

Ley 8.971, de 29/12/1994, que regula el derecho de los convivientes a los alimentos y a la sucesión.

Ley 9.278, de 10/05/1996, que regula el artículo 226.3 de la CF.

Configuración legal – despliegue reglamentario:

Código civil: 7 artículos [1.723 a 1.727 ~ 1.521, 1.523].

Constitución: el artículo 226 se desglosa en 8 apartados, en el tercero encontramos la sucinta referencia a la unión estable.

Ley 8.971/94: 5 artículos.

Ley 9.278/96: 11 “

En 2011, el Supremo Tribunal Federal reconoció la validez de la unión estable homosexual, siguiendo los términos de la repetida norma constitucional.

Concepto de unión estable:

Se reconoce, como entidad familiar, la unión estable entre un hombre y una mujer (las relaciones eventuales constituyen concubinato) que configura una convivencia pública, continua y duradera, siendo establecida con el objetivo de constituir una familia; las relaciones personales entre los convivientes obedecerán a los deberes de lealtad, respeto y asistencia y de guarda, sustento y educación con respecto a los hijos.

Comentario crítico:

Definición funcionalista, buscando la cohesión armónica entre dos convivientes heterosexuales y sus eventuales descendientes, a través de la *estabilidad* material y/o afectiva, la cual, generando permanencia y

seguridad, habrá de redundar en la homeostasis social, facilitando, en consecuencia, el control del Estado en las relaciones interpersonales; sin embargo, la focalización en la función, distorsiona la claridad del enunciado normativo, ya que sólo se adjetiva [*continua, duradera*] sin concretar nada desde el punto de vista temporal; tampoco se disimula un preocupado paternalismo, percibiendo a la unión estable como un *mal menor*, una especie de indeseado tránsito convivencial, que deberá ser subsanado mediante una balsámica *conversión*, es decir, promoviendo su transformación en matrimonio, so pena que la *eventualidad* relacional, absorba la frágil distancia existente entre concubinato y unión estable.

Tratamiento procesal y jurisprudencial de la unión estable:

1) los convivientes pueden promover, en cualquier tiempo y de común acuerdo, la conversión de la unión estable en matrimonio, ante el Registro Civil de su circunscripción municipal. En la legislación andorrana, se exige formalizar expediente previo tanto para la celebración del matrimonio civil, como para la acreditación de la unión estable: esta igualdad procedimental refleja una consideración jurídica más proclive a la equiparación entre ambos institutos, que a su interesada discriminación; por otro lado, dejar al libre albedrío de las partes, la facultad de conversión institucional, sin disponer de ninguna advertencia o recomendación de los fedatarios públicos, puede generar graves problemas de sucesión hereditaria y, en general, un enojosa situación de reproche por la plasmación documental *in extremis*, de un largo proyecto de vida desarrollado en común;

2) los artículos 4, 334 y 131 del Código del proceso civil, son especialmente útiles para poder interpretar la interacción que el derecho privado brasileño establece entre la unión estable y el matrimonio: por un lado, permite declarar la existencia y/o inexistencia de este tipo de unión, lo cual podrá incidir en la transformación futura de una situación jurídica consolidada; en segundo lugar, se posibilita la constatación probática de hechos notorios e incontrovertibles y, finalmente, el principio de la libre apreciación de la prueba, que se aplicará a través de la ponderación de todos los hechos y circunstancias constando en autos, garantiza un proceso debido, al tomar

en consideración todos los intereses en juego. En la legislación procesal civil española (artículo 281.4 LEC 1/2000) se afirma que *no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general*, sin embargo, creemos que no existe ningún hecho que pueda ser notorio con carácter absoluto, ya que las limitaciones de espacio y de tiempo condicionan, notablemente, el conocimiento de un hecho: recordemos que Carnelutti afirma que *si bien no puede negarse el concepto legal de notoriedad, entendido como el conjunto de nociones que entran en la experiencia común, éste no sirve para la carga de la información, puesto que las reglas de experiencia que, ciertamente, están al margen de la carga, pueden no ser conocidas por todos o, al menos, por la mayoría y, precisamente, por esta eventualidad, se ofrece al juez el auxilio del consultor técnico*.⁸⁵

3) Los artículos 1.694, 1.708 y 1.790 del Código civil, estructuran un sistema básico de protección jurídica ante la modificación o el cese de las circunstancias convivenciales: el ex conviviente está legitimado para pedir alimentos en un grado compatible con su condición social y, por tanto, en proporción a sus necesidades económicas, recibiendo, pues, un trato similar que en caso de separación matrimonial; en segundo lugar, el derecho a la prestación alimentosa se extingue con el matrimonio, la unión estable, o bien, el concubinato del acreedor y, finalmente, se pueden reclamar los derechos sucesorios dimanantes de los bienes adquiridos onerosamente durante la vigencia de la unión estable, pero en concurrencia con hijos comunes, descendientes privativos del difunto, parientes sucesivos, etc.; por tanto, queda plenamente justificado establecer, en primer lugar, una suerte de *ius variandi*, es decir, una petición de prestación alimentosa graduable según las necesidades concretas; como también responde a la equidad, anular cualquier atisbo de *legatum alimentarium* ante la constatación de una nueva relación sentimental de l'ex conviviente y, sobretodo, si se constató una actitud o proceder indigno con relación al deudor; sin embargo, no existe ninguna referencia a los *servicios* prestados durante la unión estable, como si la *logística doméstica* estuviera implícita por alguna cuestión de rol

⁸⁵ Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, Librería El Foro – *clásicos del proceso civil*, Buenos Aires, trad. de Santiago Sentís Melendo, Vol. I, 1997, pág. 339.

sexual y, por tanto, no pudiera ser objeto de una debida valoración, cuando su prestación ha contribuido, muy probablemente, a la generación de los bienes materiales en litigio;

4) *Los impedimentos* y las *causas suspensivas*, respectivamente desarrollados en los artículos 1.521 y 1.523 del Código civil, se dirigen a evitar que tanto la buena fe *subjetiva*, es decir, la creencia errónea sobre la posesión de un estado, como la mala fe, dirigida a la consecución de un efecto jurídico que, sin el engaño no podría conseguirse, planteen serios problemas de legitimación procesal, es decir, que al fin y al cabo, quienes comparezcan en un juicio de familia, no sean partes legítimas, al carecer de titularidad y el juez no pueda atender unas pretensiones que, de buena y/o mala fe, se consideran, o bien, se presentan, como válidas por las partes; en consecuencia, este doble articulado salvaguarda el prestigio y/o honorabilidad social de la unión estable, impidiendo su transformación tanto en un oscuro mecanismo simulador, como en una unión simplemente ilícita y es que como recoge De Verda y Beamonte, citando la doctrina constitucional española:

elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho, es su conformación extramuros de la institución matrimonial, por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal. Consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando, por sí mismos, su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta.⁸⁶

5) En el caso especial, la Corte de origen negó la pensión por fallecimiento, al concluir que no fue demostrada la continuidad de la unidad de hecho en la época de la defunción, acaecida en 2006, así como tampoco

⁸⁶ De Verda y Beamonte, José Ramón, “La Ley 5/2012, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad valenciana”, *Revista boliviana de derecho*, Santa Cruz, núm. 19, enero 2015, pág. 779.

la dependencia económica; se alegó que la existencia de la unión estable mantenida entre la demandante y el instaurador de la pensión era una cuestión incontestable, tanto así como el período en que la relación perduró –de julio de 1988 a mayo de 1999–, recordando, asimismo, el contenido del artículo 217 de la Ley 8.11/90, sobre el régimen jurídico de los funcionarios públicos, es decir, son beneficiarios de la pensión: el compañero o la compañera que demuestre una unión estable, constituida como entidad familiar. Con todo, la conclusión y término de la unión estable, antes del fallecimiento del ex cónyuge, no sería obstáculo para el derecho de la demandante a la pensión, sobretodo si se prueba la dependencia económica, de hecho, aún después de la finalización de la unión estable, la demandante, que se encontraba enferma de cáncer, continuó siendo auxiliada financieramente por su ex pareja, al requerir tratamiento médico; estas ayudas se fueron distanciando, hasta extinguirse totalmente, ahora bien, se consideró que este auxilio financiero no asignaba una dependencia económica, capaz de otorgar a la demandante, el derecho a recibir la mitad de la pensión instituida por el ex compañero. No obstante, queda patente la dependencia económica, aún constatando el cese de la convivencia; por tanto, la demandante será beneficiaria de la respectiva pensión, mediante la partición de la misma en partes iguales, conjuntamente con la ex esposa y la compañera que acompañó al instituido hasta la fecha de su defunción, equiparándose, pues, al cónyuge superviviente.⁸⁷

Foro comparativo – conclusiones:

1) Inspirándonos en una expresión de Cabrera Infante, que consideraba a la crítica cinematográfica como *un oficio del siglo XX*, podemos considerar que, en líneas generales, las uniones de hecho en el Derecho Iberoamericano reflejan *una institución del siglo XXI*: un objeto del Derecho sometido a una constante revisión, ampliación y, por tanto, reformulación de su espectro legislativo, buena prueba de ello, son las muy recientes

⁸⁷ Superior Tribunal de Justicia de Brasil, Sala II, Sentencia núm. AgRg n° AR Esp 229563 / RS, de 20 noviembre 2012.

reformas ecuatoriana (2015) y portuguesa (2016); no obstante, cada preocupación *local* debería ir acompañada de una mejor regulación *global*, es decir, de un mayor desarrollo de las normas de derecho internacional privado: así, no sería superflua una normativa referida a la *professio iuris sucesoria*, por conducto de la cual, según Fontanellas Morell, *el causante tiene la facultad de seleccionar la ley que debe reglamentar su sucesión*⁸⁸, facultad que debería ser de especial utilidad en países que mantienen una estrecha relación de vecindad (como así sucede en cinco de los países, aquí analizados).

2) Desde el punto de vista terminológico, existe un cierto consenso en la designación oficial de esta singular institución del Derecho de Familia, ya que la mayoría de los países analizados convergen entorno al concepto *unión* como palabra clave y/o ítem descriptivo, salvando el matiz societario que enuncia la ley mexicana: necesario contrapunto para recordarnos la importancia del acuerdo de voluntades en su proceso de constitución; igualmente, en la generalidad de las diferentes normas, no se incluye la referencia explícita al *concubinato*, excepto en la legislación uruguaya, con una designación de raíz laica, alejada de los eufemismos que condicionan la terminología de sociedades con un fuerte componente religioso. Por otro lado y atendiendo a la simplicidad lexicográfica del término *hecho*, de directa evocación situacional, consideramos que *unión de hecho* deviene, por su inmediatez, el término, documental y semánticamente más preciso y/o apropiado, sobretodo por su neutralidad axiológica.

3) Ecuador, Brasil y Argentina apuestan por la consistencia de su legislación civil y, por tanto, en la posibilidad de solucionar *intrasistématicamente* los conflictos suscitados por las uniones de hecho: de ahí, las continuas remisiones a las disposiciones concomitantes del matrimonio existentes en sus respectivos códigos civiles; contrariamente, en el resto de las legislaciones examinadas, se recurre a una ley *ad hoc*, tratando de acotar, escrupulosamente, una materia de Derecho de Familia que, sobretodo

⁸⁸ Fontanellas Morell, Josep M., *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 2010, pág. 194.

en la Península Ibérica, tiene una impronta histórica muy condicionada por el peso de los prejuicios religiosos y sociales del Antiguo Régimen, de hecho, nos referimos a sociedades que, por influencia y permanencia del catolicismo, por la inercia de una determinada *moral social*, es decir, *por el conjunto de concepciones morales dominantes en una determinada sociedad en un momento dado*⁸⁹, se ven obligadas a promover una especial visibilización y/o señalización de esta normativa; recordemos pues, siguiendo a Enrique Pedro Haba (2006), que *el jurista comparte, en general, la visión que del mundo tiene la gente en su país*.⁹⁰

4) Las Salas Especializadas, esto es, los Juzgados de Familia, constituyen los órganos judiciales más adecuados para concordar las especialidades normativas con las excepciones procesales, ofreciendo, en consecuencia, unas resoluciones más congruentes con los intereses de los convivientes; destacar que si bien se detectan ciertas desigualdades de género, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial [y ello a pesar de lo referido en el apartado *integración transversal*, que estipula el *Convenio de Bariloche para la cooperación en el marco de la Conferencia Iberoamericana: 15/10/1995*] ello no obsta, en ningún caso, para desmerecer ni a determinados ordenamientos jurídicos, ni a ciertos sistemas judiciales: el Derecho Comparado no trata de uniformizar y/o estandarizar normas jurídicas, ni tampoco concepciones culturales, sencillamente busca compatibilizar los requerimientos constitucionales fundamentales, pero siempre respetando la idiosincrasia de cada Nación y, en todo caso, persigue apuntar unas recomendaciones metodológicas con el fin de desarrollar y perfeccionar, ulteriormente, un *minimum* de normas *ius cogens*; en definitiva, en nuestro caso, se trata de juridificar el espíritu de la *Carta Cultural Iberoamericana (2006)*, ya que hablamos de una comunidad de Naciones que pertenecen a una misma familia jurídica, es decir, a la tradición del Derecho romano-germánico.

⁸⁹ Robles Morchón Gregorio, *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. Editorial Civitas, Pamplona, 6ª edición, Vol. I, 2015, pág. 841.

⁹⁰ Haba Enrique Pedro, *Metodología jurídica irreverente: elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales.*, Editorial Dickinson, Madrid, 1ª edición, 2006.

5) No resulta fácil efectuar una prospectiva solvente sobre las uniones de hecho en el Derecho Iberoamericano y especular, fundamentalmente, sobre una futura *segunda generación* de tales uniones: constatamos que no se ha producido La muerte de la familia (David Cooper: 1971), ni tampoco un masivo abandono de la opción matrimonial, la evolución jurídica de los diferentes modelos convivenciales se ha caracterizado, más bien, por un prudente gradualismo legislativo, haciendo comprender a la población, sin demasiados aspavientos, que una mayor profundización en aspectos concernientes al Derecho sucesorio y, en general, al Derecho fiscal, promueven la democratización de formas de convivencia que antaño implicaban inseguridad jurídica y, por tanto, desprestigio social; en consecuencia, un ordenamiento jurídico progresivamente más completo y un sistema judicial tendente a la especialización, coadyuvarán en un mejor diseño del nuevo (y pluridisciplinar) *tertium comparationis* de las uniones de hecho.

Bibliografía

- Adame Goddard, Jorge, "Análisis y juicio de la Ley de Sociedad de Convivencia para el DF en México", *Dikaion. Revista de fundamentación jurídica-Universidad de La Sabana, Chía – Colombia*, vol. 16, noviembre 2007
- Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, 1ª ed., trad. de A. Martín Pérez, Granada, ed. Comares, 2000
- Borrell Soler, Antonio, *Derecho civil vigente en Cataluña*, 2ª ed., Barcelona, ed. Bosch, 1944, t. 1: pp. 86 y ss.
- Caballol Angelats, Lluís, "Dimensió procesal de la ruptura de les unions estables de parella", *Revista catalana de dret privat*, Barcelona, vol. 3 - 2004
- Cambiasso, Susana y Azar, Mercedes, "Aspectos de la unión concubina-ria y la sociedad de bienes", *Revista de la asociación de escribanos del*

Uruguay, Montevideo, t. 95, núm. 1 – 6, enero-junio 2009

Cândido Martins, Rosa, “La muerte del matrimonio: ¿mito o realidad en el derecho portugués?”, *Anuario da facultade de dereito da Universidade da Coruña*, A Coruña, núm. 16, 2012

Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil* – vol. I, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Librería El Foro – *clásicos del proceso civil*, 1997

Carrillo, Beatriz, “Ley aplicable a las parejas de hecho en derecho internacional privado español” en *Mundialización y familia*, Calvo Caravaca – Iriarte Ángel (eds.), 1ª ed., Madrid, ed. COLEX, 2001

De la Torre, Natalia, Comentario al artículo 509 en *Código civil y comercial de la Nación comentado. Tomo II – libro segundo. Artículos 401 a 723.*, M. Herrera, G. Caramelo, S. Picasso (direc.), 1ª ed., Buenos Aires, INFOJUS, 2015

De Verda y Beamonte, José Ramón, “La Ley 5/2012, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad valenciana”, *Revista boliviana de derecho*, Santa Cruz, núm. 19, enero 2015

Domínguez Gil, Daniel, “Régimen patrimonial de la unión concubina-ria”, *Anuario de derecho civil uruguayo*, Montevideo, núms. 38 (2008) 40 (2009) y 41 (2011)

Espiñeira Soto, Inmaculada, “El Notario ante las parejas de hecho con elemento internacional. Ecuador, un punto de partida para una exposición práctica.”, *La Notaria. Revista del Col·legi de Notaris de Catalunya.*, Madrid, núm. 42, 2007

Fontanellas Morell, Josep M., *La professio iuris sucesoria*, 1ª ed., Madrid, ed. Marcial Pons, 2010

- Fugardo Estivill, Josep M., “Existir, estar y ser de las uniones estables de pareja”, *La Notaria. Revista del Col·legi de Notaris de Catalunya.*, Madrid, núm. 2, 2014
- Gete-Alonso y Calera, María del Carmen, “La filiación” en *Fonaments de dret privat Andorra – dret de la persona i de la família – vol. I*, 1ª ed., Andorra la Vella, 2005
- Haba, Enrique Pedro, *Metodología jurídica irreverente: elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales.*, 1ª edición, Madrid, ed. Dykinson, 2006
- López Valdés, Llasmani, “La sociedad de convivencia en el DF y sus consecuencias jurídicas”, *Alegatos. Revista del departamento de Derecho de la división de Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco.*, México DF, núm. 67, setiembre-diciembre 2007
- Martín-Casals, Miquel, “Informe de Derecho Comparado sobre la regulación de la pareja de hecho”, *Anuario de derecho civil*, Madrid, vol. 48 – núm. 4, 1995
- Martín-Casals, Miquel, “El derecho a la convivencia anómica en pareja: ¿un nuevo derecho fundamental?”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho – Universitat Pompeu Fabra.*, Barcelona, núm. 3, julio 2013
- Moutón Ocampo, Luis, *Voces: concubinato y barraganía en Nueva enciclopedia jurídica*, Barcelona, F. Seix editor, tomos: IV-1952-p. 821; III-1978-pp. 285-286
- Navarro-Valls, Rafael, “Las uniones de hecho en el Derecho Comparado” en *Uniones de hecho*, 1ª ed., Lleida, eds. de la Universitat de Lleida, 1998

- Pérez Martín, Antonio, Capítulo III – disolución de las uniones de hecho - procedimiento contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Tomo I – vol. I: aspectos sustantivos. en *Tratado de derecho de familia*, 2ª ed., Valladolid, ed. LEX NOVA, 2011
- Poch Serrats, Joan, “La llei qualificada del matrimoni a Andorra, de 30 de juny del 1995 i el seu desenvolupament jurisprudencial”, *Anuari de la societat catalana d’estudis jurídics: 1997-1998.*, Barcelona, 1999
- Pou Ampuero, Felipe, “Constitución de pareja estable y consentimiento”, *Revista jurídica de Navarra*, Pamplona, núm. 46, julio-diciembre 2008
- Puig Ferriol, Lluís, “Matrimoni – unió estable de parella: aspectes problemàtics.”, *Revista jurídica de Catalunya*, Barcelona, núm. 3, 2004
- Ripol-Millet, Aleix, *Separació i divorci: la mediació familiar.*, 1ª ed., Barcelona, Centre d’estudis jurídics del departament de justícia de la Generalitat de Catalunya – *Justícia i societat* núm. 13, 1994
- Robles Morchón, Gregorio, *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho. Vol. I.*, 6ª ed., Pamplona, ed. CIVITAS, 2015
- Santos Belandro, Ruben, “Las uniones de pareja en la actualidad y su eficacia internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho – Universidad de la República-Uruguay*, Montevideo, núm. 28, julio-diciembre 2010
- Solé Resina, Judith, “Unions estables de parella homosexuals” en *Situacions de convivència diferents del matrimoni*, Gete-Alonso – Ysàs – Solé. 1ª ed., Barcelona, ed. Cálamo, 2003
- Villagrasa Alcaide, Carlos, “Comentarios a la Ley de uniones estables de pareja del Principado de Andorra” en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Madrid, UNED-El Derecho, 2006

Viñas Farré, Ramón, *Dret internacional privat del Principat d'Andorra – vol. I*, 1ª ed., Madrid, ed. Marcial Pons, 2002

Viñas Farré, Ramón, “El contrato de unión estable de pareja en el Principado de Andorra. Conflicto de leyes.” en *Estudios sobre contratación internacional*, Calvo Caravaca – Carrascosa González (direc.), 1ª ed., Madrid, ed. COLEX, 2006

Derecho Constitucional

El juez ordinario y la aplicación de la constitución

**Un diagnóstico a la situación en Iberoamérica
Manuel Agustín Chamba**

El Derecho es instrumento para la convivencia pacífica de la sociedad. La historia da cuenta de las distintas y variadas formas de organización que ha experimentado la humanidad. Por ejemplo, desde la Revolución francesa hasta la actualidad, se institucionaliza el Estado como medio para lograr el bien común, la «felicidad de todos». Sin duda el pensamiento humano ha evolucionado, a tal punto que ese desarrollo nos ha llevado a que, en la actualidad, exista un consenso sobre la defensa de un conjunto de valores comunes –libertad, igualdad, justicia– que llamamos occidentales; pero, también podemos advertir de la historia, que la puesta en práctica y compatibilización de esos valores, que caracterizan nuestra convivencia, requiere el establecimiento de unas concretas estructuras y procedimientos institucionales.

Está claro que «la idea de Constitución es mucho más antigua que su concepto»; pues, una comunidad, en diferentes momentos históricos, se organizaba conforme un conjunto de normas que se consideraban superiores, distinguiéndolas de otras que las consideraba ordinarias; y, siendo –como es en efecto– que la naturaleza humana no se limita en mérito propio, se han ideado mecanismos «para controlar el poder» a fin de evitar el abuso, la arbitrariedad, e incluso la tiranía. Obviamente, en un inicio, al menos en el sentido moderno de la palabra, la Constitución pertenecía al ámbito de la Política y no precisamente al Derecho.

En tal perspectiva, resulta indudable que el ejercicio del poder es un tema de preocupación a lo largo de la historia. Por ello, resulta oportuno recordar que las primeras manifestaciones de los derechos fueron concebidos como mecanismos de limitación al poder; que otra cosa, sino limitar el poder, se pretendía con la Carta Magna de 1215, la Declaraciones

de Derechos Americana (Virginia), el *Bill of Rights*, o la propia *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1879.

Como es lógico, el accionar humano, sobre todo en la actualidad, no puede fundarse exclusivamente sobre «el libre albedrío» de las personas; por ello, la sociedad se da una Constitución como norma para regir su convivencia. Por su intermedio se determina, no sólo la forma de gobierno, los mecanismos para la adopción de las decisiones, o la institucionalidad del *leviatán*, sino esencialmente los derechos de las personas que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar. Esa misma Constitución establece un sistema jurídico, asignando el *valor* correspondiente a las distintas normas que integran el ordenamiento jurídico.

Pero, ni la vigencia de las normas garantiza por sí solas su aplicación, ni el contenido e implicaciones de aquellos valores que consideramos «comunes» están claramente determinados, existiendo situaciones donde se evidencia la necesidad de instituir mecanismos que permitan solventar las controversias o diferencias, así como el establecimiento de las instituciones de garantía para facilitar la convivencia de las personas.

El grado de evolución de una sociedad está determinado por el uso de la razón, en lugar de la fuerza, como medio para descubrir la verdad o resolver los conflictos. La historia permite identificar que, desde la Edad Antigua pasando por la Edad Media y la Edad Moderna hasta llegar a la contemporaneidad, existe una forma concreta para resolver los conflictos que se presentan entre los diferentes grupos humanos: el empleo de la fuerza (la guerra, el duelo), invocación de la divinidad, entre otras. Las ideas de la Ilustración, no sólo promovieron el primigenio Estado moderno y la concepción de la ley como expresión soberana de la nación, sino que vienen a racionalizar las actividades sociales; esto significa que la razón viene a sustituir a la fuerza o la divinidad, por ejemplo. Desde luego, esa forma de organización trae consigo el establecimiento de la jurisdicción como una potestad de *imperium* del Estado; y, la institucionalización de juzgados, tribunales y cortes no sólo como medio de protección del ciudadano, sino también como órganos a través de los cuales se garantiza la aplicación del derecho.

Cuando el Estado se reserva el «monopolio de la jurisdicción», proscribiendo el ejercicio de la justicia privada o la autotutela, la administración se vuelve pieza clave para garantizar la paz y convivencia de la sociedad; ya que de esa forma a juezas y jueces garantizar el imperio de las normas sobre la voluntad de cualquiera; pues que el pacto de convivencia no siempre es respetado. De ello surge la importancia del juez en la sociedad contemporánea, y particularmente del juez ordinario en el Estado constitucional, pues sólo al juez integrante de la Función y/o Poder Judicial le corresponde «desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria» (Art. 168.3 CRE).

Así, los jueces se han «convertido en un poder medular en la sociedad contemporánea». Al resolver los casos sometidos a su jurisdicción, deben decidir condensando lo formal y lo material: con sujeción a la Constitución y la ley, a fin de administrar, efectivamente, justicia. En el cumplimiento de esa función de administrar justicia, resulta imprescindible que los jueces apliquen la Constitución; pues, si las normas constitucionales tienen carácter jurídico, no pueden servir únicamente como parámetro de validez de la ley sino, ante todo, como normas básicas para las decisiones.

En las líneas que siguen, se pretende dar un enfoque, desde el punto de vista comparado, de cuál es la posición del juez ordinario frente a la Constitución; así como evidenciar, desde el punto de vista normativo, las normas que contienen las Constituciones de los diferentes Estados, sobre la aplicación de sus preceptos. También, se exponen diferentes sentencias, que constituyen tan sólo una muestra de la práctica jurisprudencial, generalmente de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales, sobre la aplicación de las normas constitucionales en los casos concretos, por parte de jueces y magistrados integrantes del Poder y/o Función Judicial, que administran justicia ordinaria.

Desde luego, no pretende ser un estudio sobre las garantías constitucionales existentes en cada ordenamiento jurídico contra las decisiones provenientes de la justicia ordinaria, mucho menos de la concreta regulación de esas garantías en cada ordenamiento jurídico, aunque ciertamen-

te algunas de las sentencias que se citan resuelven garantías constitucionales. El interés es mucho más modesto; y, consiste en evidenciar como el juez ordinario, caso a caso debe aplicar la Constitución al adoptar sus decisiones, aunque ello depende de las normas que prevén cada una de las Constituciones. El trabajo se estructura en cuatro partes: la primera, destinada a analizar la relación entre juez ordinario y constitución; la segunda, determinar si las Constituciones prevén normas sobre su aplicabilidad, cuyo destinatario exclusivo sea el juez ordinario; en tercer lugar, un análisis de las normas abstractas sobre supremacía de la Constitución y la consecuente obligación de su aplicación; por último, se exponen algunas sentencias que desarrollan la obligación del juez ordinario de aplicar la Constitución. En fin, viene bien recordar que, cuando una persona acude al sistema judicial, lo hace confiando en que allí está la última garantía para la salvaguardia de sus derechos, así reivindica para sí la justicia; los procedimientos y normas objetivas no sirven en sí mismas sino que son mecanismos de protección de la dignidad humana, de la persona.

1. Juez ordinario y Constitución

Se trata de una relación que puede evidenciarse únicamente cuando se comprende que la «justicia ordinaria» debe aplicar la Constitución. Sin duda, es uno de los temas más relevantes en la práctica jurídica, pues son los jueces ordinarios quienes están en relación con los asuntos cotidianos de la vida jurídica; es decir, a ellos corresponde «administrar justicia» en el caso concreto, teniendo presente los hechos y la sujeción al Derecho. De inicio resulta oportuno hacer una aclaración: una cosa es la aplicación de la Constitución por parte del juez ordinario; y, otra muy distinta el control de constitucionalidad, tanto de las leyes como de otros actos del poder público, que se atribuye en forma exclusiva a la jurisdicción constitucional.

De lo anterior, resulta oportuno sostener que cuando los jueces ordinarios aplican las normas constitucionales no efectúan un control de constitucionalidad, sino que dotan de eficacia jurídica a las normas previstas en la Constitución. Ello fundamentalmente, porque las normas constitu-

cionales, más que principios programáticos, son normas jurídicas básicas sobre las que deben fundarse las decisiones.

En la actualidad, existe consenso en admitir que, el establecimiento de una Constitución es la manifestación plena de la soberanía del pueblo; así como en calificar a la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico, en cuya condición goza de *supremacía y rigidez*. Lo que se debe tener claro, en definitiva, es que adoptar una Constitución consiste en el establecimiento de una norma superior, básica y fundamental para regir las actuaciones, tanto de los poderes públicos e incluso de los particulares, posteriores al acto constituyente; pero, que la Constitución sea norma suprema no resulta una cuestión sencilla.

La aplicación de la Constitución es un tema complejo por varias razones. En esencia, porque esa categoría nos traslada al ámbito de la justicia ordinaria que es donde adquieren materialidad las normas jurídicas, conforme unos determinados hechos. También porque hay que considerar que el concepto de Constitución es diferente, en razón de las realidades políticas, económicas y culturales, de acuerdo al tiempo y lugar; es decir, la Constitución cumple una función específica de acuerdo a esas realidades y concepciones.

Una breve referencia a la evolución de la función de la Constitución, al menos concordante con la existencia del Estado moderno hasta la actualidad, refiere que en Francia –como en los países receptores de su tradición– durante el periodo que va desde la *Revolución* hasta entrado el siglo XX, la Constitución se concibe como documento político; cosa diferente ocurre en los países de tradición anglosajona, donde es concebida, sobre todo, como norma jurídica.

El Estado de Derecho, derivado de una determinada comprensión de Constitución, se caracterizó por la ausencia del control de constitucionalidad, así como la imposibilidad de la aplicación de sus preceptos. En estas circunstancias, la función de los jueces se desarrolló bajo el

«imperio de la ley», erigiéndose el parlamento como auténtico soberano del Estado Representativo⁹¹; es decir, el órgano legislativo estaba exento de controles, y los jueces «ordinarios» relegados de la aplicación de las normas constitucionales⁹².

Por el contrario, existe otra concepción de Constitución que se fundamenta en la tradición del *common law*, donde se radica en los jueces la tarea de velar por la primacía de la Constitución. En tal perspectiva, no sólo que la eficacia de las normas constitucionales lleva implícito salvaguardar la libertad –y otro amplio conjunto de valores en los que se funda la convivencia social–, sino que implica también el establecimiento de un sistema de gobierno limitado⁹³.

En los países denominados de tradición europeo continental, la concepción de Constitución como norma jurídica aparecerá con los planteamientos de Kelsen; sin embargo, tampoco su postulado pretende la aplicación de las normas constitucionales por «cualquier juez», sino al contrario, su teoría resulta perfectamente compatible con la imposibilidad de aplicar sus contenidos por los jueces ordinarios. De hecho, el modelo kelseniano de control de constitucionalidad –que será el primero de

⁹¹ Blanco Valdés Roberto, *La construcción de la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 2010, pág. 116 y ss.

⁹² Tal doctrina ha sido de plena aplicación en el Ecuador, la jurisprudencia ha dicho: “[...] aun cuando la citada ley de 10 de julio de 1886 fuere inconstitucional, el Poder Judicial no podría dejarla sin efecto, rehusando su aplicación; pues, si es cierto que el Poder Legislativo no puede excederse de sus atribuciones, como lo haría al dar una ley inconstitucional, tampoco el judicial puede, sin excederse de las suyas, declarar que esa ley carece de fuerza obligatoria, ya que para esto era menester que estuvieren facultado por la Constitución. [...] El Supremo Tribunal francés, anula el fallo del Tribunal inferior, cuando se ha cometido error en la aplicación de la ley que determina el derecho de las partes; pero no comparando esa ley con la Constitución del país, y los derechos que ésta concede a los particulares, o con los poderes que confiere al Gobierno nacional o a los seccionales. No puede entrar a examinar la constitucionalidad de las leyes. Tiene que suponerlas constitucionales todas, desde que están en el boletín de las leyes, y decidir únicamente cual es la que se debió aplicar. Es un Tribunal bueno para uniformar la jurisprudencia y garantizar los derechos que el Legislador quiera conceder a los ciudadanos; pero no para preservar a éstos de que sean atacados los que la Constitución les acuerda de un modo absoluto”. Corte Suprema de Justicia, sentencia caso Consejo de Guerra verbal vs Irigoyen y otros, de 19 de febrero de 1887.

⁹³ Fernández Segado Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, UNAM, México, 2004, pág. 2 y ss.

Europa– consiste precisamente en un reforzamiento de tal imposibilidad, ya que la aplicación de las normas constitucionales se reserva a un órgano especial, denominado Tribunal Constitucional; de manera que los jueces ordinarios están excluidos de aplicar la Constitución; y, en su lugar, se crean dos jurisdicciones separadas: «la constitucional y la legal»⁹⁴.

La consecuencia de ese «modelo» –si es que el término cabe usarse– implica que las normas constitucionales no podían ser aplicadas por cualquier juez sino sólo por el Tribunal Constitucional, que está concebido para cumplir funciones restringidas de legislador negativo. La supremacía constitucional, en ese contexto, no implica necesariamente aplicación de las normas constitucionales por todos los operadores jurídicos (especialmente los jueces ordinarios)⁹⁵. Por ello se sostiene, que una auténtica transición del Estado de Derecho, que se desenvuelve bajo la clásica fórmula del «imperio de la ley», al Estado Constitucional de Derecho es predicable con las Constituciones adoptadas en diferentes países después de la culminación de la segunda guerra mundial.

Ahora bien, hay que destacar que lo significativo del Estado constitucional de Derecho es la posición del juez ordinario en el sistema jurídico, pues la Constitución entendida como norma jurídica, lleva implícito que el juez no esté sometido únicamente a la ley sino que su función se encuentre supeditada también –y sobre todo– a la Constitución. Esto significa, en términos más precisos, que existe una ruptura con el «imperio de la ley»⁹⁶;

⁹⁴ García de Enterría Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial..., pág. 55 y ss.

⁹⁵ Por ejemplo el artículo 257 de la Constitución ecuatoriana de 1967 establecía de forma explícita la supremacía constitucional al prescribir: “La Constitución es la suprema norma jurídica del Estado. Todas las demás deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. Por tanto, no tendrán valor alguno las leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, disposiciones y tratados públicos que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con ella”. Sin embargo, en el inciso siguiente expresaba que “[s]olo el Congreso tiene facultad de interpretar la Constitución de un modo generalmente obligatorio, y de resolver las dudas que se suscitaren sobre la inteligencia de sus preceptos”.

⁹⁶ Por ejemplo, el artículo 273 de la Constitución ecuatoriana de 1998 prescribía: “[l]as cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente”.

así, la relación entre Constitución, ley y juez no puede seguir siendo la misma del Estado de Derecho, sino que contrariamente ocurre lo que se ha denominado «juridificación» de la Constitución; y, con ello «la Constitución sustituye a la ley en el papel de fundación y defensa de los derechos del individuo»⁹⁷.

Y, considerando que el papel de los jueces –sean constitucionales u ordinarios– en la aplicación de las normas es fundamental para la convivencia pacífica de la sociedad, la ampliación de los actores que deben aplicar la Constitución resulta una condiciones necesaria para la garantía de los derechos, en tanto el juez de nuestro tiempo se presenta como una «especie de *fáctotum* institucional»⁹⁸.

En un sentido más amplio, se ha dicho que el ejercicio de la potestad jurisdiccional lleva consigo una profunda complejidad, pues su función no puede seguir concibiéndose de «manera tradicional [esto es,] como una actividad puramente técnica de resolución de conflictos jurídicos [individuales]»⁹⁹, sino que en la actualidad, los jueces se presentan como titulares de una insigne función. Calamandrei, hace ya algunas décadas, advertía que «tan elevada es en nuestra estimación la misión del juez y tan necesaria la confianza en él, que las debilidades humanas que no se notan o se perdonan en cualquier otro orden de funcionarios públicos, parecen inconcebibles en un magistrado».

Por lo demás, la aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria tiene su fundamento esencial en la ruptura de un dogma del Estado de Derecho y, en la diversificación de las fuentes a las que se encuentra sometido el juez para adoptar sus decisiones. Claro que, considerando

⁹⁷ Díez Picazo Luis, “Constitución, ley y juez”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Año 5, No. 15, septiembre/diciembre 1985, pág. 14.

⁹⁸ Guarnieri Carlo y Pederzoli Patrizia, *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Editorial Taurus, España, trad. de Miguel Ángel Ruiz, 1999, pág. 15

⁹⁹ Fix-Zamudio Héctor y Ramón Cossíos José, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pág. 15.

nuestra tradición positivista, esa posición del juez ordinario frente a la Constitución viene dada por unas concretas normas previstas en la Constitución así como por la práctica jurisprudencial, especialmente de las Altas Cortes de cada país. De ahí que, resulta fundamental recurrir a las normas constitucionales para apreciar la posición que el constituyente ha otorgado al juez ordinario respecto de la aplicación de las normas constitucionales.

1. *La vinculación normativa del juez ordinario desde las normas constitucionales que regulan al Poder y/o Función Judicial*

Sobre este aspecto, las Constituciones presentan un escenario diverso, no sólo en cuanto a la prescripción de la norma, sino también en lo que respecta a las fuentes que de manera expresa vincula al juez ordinario en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Dicho en otras palabras, existen Constituciones con normas genéricas y abstractas –cuya interpretación incluiría también al juez ordinario–, así como normas cuyo destinatario exclusivo es el juez ordinario, donde se establece una vinculación a una o varias fuentes normativas.

Nos ocuparemos en primer lugar, de las normas cuyo destinatario exclusivo es el juez ordinario. En esta línea, podemos distinguir algunos escenarios:

- a) El primer escenario, está determinado por las Constituciones que dentro los principios de la Función Judicial establecen una triple vinculación normativa para decidir los asuntos sometidos a su conocimiento. Así por ejemplo, la Constitución ecuatoriana (Sección 3ra), establece que los jueces «*administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley*» (Art. 172 inc. 1 CRE).

La prescripción del constituyente ecuatoriano es una triple vinculación normativa del juez ordinario; y, en el escenario Iberoamericano ninguna otra Constitución prevé una norma similar. Si bien, algunas

constituciones establecen que los jueces deben aplicar o utilizar como medio de interpretación las normas contenidas en los tratados sobre derechos humanos.

- b) En el segundo escenario podemos ubicar las Constituciones que, dentro de las normas que regulan al Poder y/o Función Judicial, establecen una doble sujeción normativa de los jueces ordinarios: *a la Constitución y a la ley*. En este escenario puede advertirse que el constituyente se refiere tanto a los jueces y magistrados, así como al Poder Judicial como Poder del Estado.

Son ejemplos de estas previsiones, la Constitución de Andorra que establece que los jueces, en el ámbito de sus funciones jurisdiccionales, están «sometidos solo a la Constitución y a la ley» (parte final del Art. 85.1); la Constitución de Costa Rica que determina que el «Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley» (Art. 154); así como la Constitución de El Salvador que, dentro de las normas referentes al Órgano Judicial, prescribe que los Magistrados y jueces son independientes «y están sometidos a la Constitución y a las leyes» (Art. 172 inc. 3).

Existen normas en igual sentido, en la Constitución de Guatemala que determina que la justicia «se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República» (Art. 203 inc. 1), así como establece que «los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado» (Art. 204). Por su parte, la Constitución de Honduras determina que, la justicia se imparte gratuitamente en nombre del Estado por magistrados y jueces independientes, «únicamente sometidos a la Constitución y a las leyes» (Art. 303, inc. 1); y, la Constitución de Paraguay prevé, dentro de las normas referentes al Poder Judicial, que «toda sentencia judicial deberá estar fundada en esta Constitución y en la ley» (Art. 256, inc. 2).

También la Constitución de Panamá establece que los Magistrados y Jueces «son independientes en el ejercicio de sus funciones y no están

sometidos más que a la Constitución y la ley» (Art. 210); pero determina que los inferiores –refiriéndose a los jueces de instancia– están obligados a acatar y cumplir las decisiones que dicten sus superiores jerárquicos al revocar o reformar, en virtud de los recursos legales, las resoluciones referidas por aquellos.

La Constitución de Perú previene que, la potestad de administrar justicia, se ejerce «con arreglo a la Constitución y las leyes» (Art. 138), estableciendo que el Estado garantiza a los magistrados su independencia, pues «sólo están sometidos a la Constitución y la ley» (Art. 146.1); y, de su parte, la Constitución de República Dominicana establece que las y los jueces integrantes del Poder Judicial son independientes, imparciales, responsables e inamovibles y «están sometidos a la Constitución y a las leyes» (Art. 151).

- c) El tercer escenario está determinado por aquellas Constituciones que prescriben la sujeción de los jueces ordinarios a una sola fuente normativa; únicamente la *ley*.

Son ejemplo de ello, la Constitución de Colombia que dentro de las disposiciones generales referentes a la Rama Judicial, expresa que los jueces «en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley» (Art. 230); o, la Constitución de Cuba que establece que «los jueces, en su función de impartir justicia, son independientes y no deben más obediencia que a la ley» (Art. 122).

La Constitución de España determina que la justicia se administra, en nombre del Rey, por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles, responsables y «sometidos únicamente al imperio de la ley» (Art. 117.1); y, de su lado, la Constitución de Nicaragua determina que la administración de justicia garantiza «el acceso a la justicia mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia» (Art. 160 inc. 1). De su parte, la Constitución de Portugal prescribe que los tribunales son independientes y «están sometidos únicamente a la ley» [Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei (Art. 203)].

- d) En último término debemos señalar que algunas Constituciones no contienen disposiciones cuyo destinatario sea exclusivamente el juez ordinario, o dentro de las normas referentes al Poder Judicial. Es el caso de las Constituciones vigentes en países como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Panamá, Puerto Rico, Uruguay; y, Venezuela.

Si bien, debemos aclarar que la Constitución de Argentina por ejemplo, dentro de las normas referentes al Poder Judicial, prescribe que, en la instalación de la primera Corte Suprema, los individuos nombrados prestaran juramento en manos del Presidente de la Nación «de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución» (Art. 112); así como establece que corresponde a la Corte Suprema y los tribunales inferiores de la Nación «el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y las leyes de la Nación...» (Art. 116).

Algo similar debe destacarse de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que cada Ministro de la Suprema Corte de Justicia, al entrar a ejercer su cargo, protestará ante el Senado, de la siguiente forma: Presidente: «¿Protestáis desempeñar leal y patrióticamente el cargo de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se os ha conferido y guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen, mirando en todo por el bien y prosperidad de la Unión?» (Art. 97 inc. 5).

Conforme con lo expuesto en líneas precedentes resulta oportuno realizar algunas precisiones:

1. Las Constituciones de algunos países no establecen un Tribunal Constitucional sino que estas funciones son ejercidas por el máximo órgano del Poder Judicial, generalmente por el máximo órgano de justicia ordinaria como es la Corte Suprema de Justicia.

Así por ejemplo, más allá de las diferencias de organización político-territorial, la Constitución de Argentina establece a la Corte Suprema de la Nación como el máximo órgano del Poder Judicial de la Federación (Art. 108); no obstante, en la sección correspondiente al Poder Judicial no establece ninguna norma sobre la aplicación de la Constitución; aunque debemos dejar constancia que en la sección correspondiente a derechos, se reconoce el recurso de amparo como derecho de la persona, lo cual no implica la actuación de los jueces sea en cumplimiento de sus funciones de administración de justicia ordinaria.

Algo similar puede decirse de Brasil, donde su Constitución establece que el control de constitucionalidad debe ejercerlo el Supremo Tribunal de Justicia Federal (Arts. 92 párrafo I y 102.a). De su parte, la Constitución de México, en el capítulo correspondiente al Poder Judicial, determina que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá de las «acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma general y esta Constitución» (Art. 105 párrafo II).

La Constitución de Puerto Rico determina que «ninguna ley se declarará inconstitucional a no ser por la mayoría del número total de jueces de que esté compuesto el Tribunal de acuerdo con esta Constitución o con la ley» (Art. 5 sección 4), radicando de esta forma el control de constitucionalidad en el Tribunal Supremo de Justicia de Puerto Rico.

La Constitución de Uruguay determina que «la declaración de inconstitucionalidad de una ley» vía acción u excepción le corresponde a la Corte Suprema de Justicia ((Art. 238); así como le corresponde «juzgar a los infractores de la Constitución» (Art. 239.1).

Si bien, estas Constituciones instituyen una función de control de constitucionalidad, tal función no se ejerce, ni por todos los jueces, ni la Corte Suprema lo hace en calidad de órgano de justicia ordinaria sino constitucional. De ahí que, aunque se asignen funciones de control de constitucionalidad a los máximos órganos jerárquicos, éstas son distintas del cumplimiento de funciones de juez ordinario en el marco de un proceso concreto.

2. Existe un caso particular como es la Constitución de Venezuela, que dentro del título correspondiente al Poder Judicial no establece ninguna disposición respecto a la vinculación normativa del juez ordinario al administrar justicia; pero lo hace en el título que trata «De la Garantía de [la] Constitución» (Título VIII), donde se dispone que «todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución» (Art. 334).

También, resulta oportuno dejar expuesto que la Constitución venezolana establece que el control de constitucionalidad tanto de la Ley como otros actos del poder público, incluido las sentencias de la justicia ordinaria corresponden al propio Tribunal Supremo de Justicia a través de una Sala Constitucional (Art. 262); así, se radica el control de constitucionalidad en una Sala del máximo órgano del Poder Judicial (Arts. 334 inc. 3 y 335).

3. Debemos señalar que existen Constituciones que no establecen disposición alguna respecto de la vinculación normativa del juez ordinario; sin embargo, instituyen de forma separada un sistema de justicia constitucional que se ejerce por el Tribunal Constitucional.

Son los ejemplos de Bolivia y Chile. La Constitución de Bolivia se refiere al Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional determinando que la «justicia constitucional» se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional (Art. 179, apartado III). De manera que la jurisdicción ordinaria y la constitucional son ejercidas por diferentes órganos; no obstante, nada se dice respecto de la vinculación normativa del juez ordinario, en las normas que regulan la jurisdicción ordinaria. Por el contrario, se establece que el Tribunal Constitucional Plurinacional «vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y vigencia de los derechos y garantías constitucionales» (Art. 196, apartado I).

Por su parte, la Constitución de Chile determina que «habrá un Tribunal Constitucional» (Art. 92), al que se le establecen amplio catálogo de atribuciones (Art. 93).

4. Resulta oportuno también anotar que las Constituciones que además de establecer normas expresas que determinan la vinculación normativa del juez ordinario instituyen un sistema de justicia constitucional, ya sea dentro del propio Poder Judicial a través de una Sala especializada o el Pleno del máximo órgano de justicia ordinaria, o mediante la institucionalización del Tribunal Constitucional respectivo.

Son ejemplos de ello las Constituciones de países como Andorra, Costa Rica, Colombia, Cuba, Ecuador, España, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal y República Dominicana.

Y, dentro de este grupo, algunas constituciones determinan que la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional serán ejercidas por órganos diferentes. Así, la Constitución de Andorra establece al Tribunal Constitucional como el «supremo intérprete de la Constitución» (Art. 95); la Constitución de Colombia establece que a la Corte Constitucional «se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución» (Art. 241); la Constitución de Ecuador determina que la Corte Constitucional es el «máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esa materia» (Art. 429).

En el caso de España, la Constitución instituye el Tribunal Constitucional como órgano competente para conocer «del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley» (Art. 161.1.a); «del recurso de amparo» (Art. 161.1.b); «de los conflictos de competencia» (Art. 161.1.c); así como las impugnaciones del Gobierno en contra de las disposiciones y resoluciones «adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas» (Art. 161.2). En Perú, la Constitución establece el Tribunal Constitucional como «órgano de control de

la Constitución» (Art. 201) estableciendo un régimen de competencias específicas (Art. 202).

Por su parte, la Constitución de Portugal determina que al Tribunal Constitucional «es el tribunal al cual le compete específicamente administrar justicia en materias de naturaleza jurídico-constitucional» [O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional. (Art. 221)]; determinando además un catálogo de competencias específicas (Art. 223).

La Constitución de República Dominicana determina que habrá un Tribunal Constitucional para «garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales» (Art. 184). No obstante, establece que «los tribunales de la República conocerán la excepción de constitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento» (Art. 188).

De otro lado están las Constituciones que establecen un sistema de control de constitucionalidad dentro del propio Poder Judicial, ya sea a través de Salas especializadas o por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Así, la Constitución de Costa Rica determina que corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia «declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público» (Art. 10). De esta manera, si bien no instituye un órgano diferente para efectuar el control de constitucionalidad establece un sistema de justicia constitucional que se diferencia de los jueces ordinarios.

En el caso de la Constitución de El Salvador, se determina que la Corte Suprema de Justicia «tendrá una Sala de lo Constitucional» (Art. 174), siendo el único tribunal competente para «declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos» (Art. 183).

La Constitución de Guatemala establece un doble sistema. En primer lugar, si bien en las normas referentes al poder judicial no establece la aplicación directa de la Constitución, se establece una especie de control difuso de constitucionalidad a través del proceso concreto, cuando determina que «en casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto» (Art. 266). En segundo lugar, establece la Corte de Constitucionalidad como «tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional» (Art. 268).

La Constitución de Honduras determina que puede solicitarse «la declaración de inconstitucionalidad de una ley y derogación» (Art. 185 inc. 1) vía acción ante la Corte Suprema de Justicia (Art. 185.1); así como vía excepción que se podrá oponer en cualquier procedimiento judicial (Art. 185.2); o, en su caso, el órgano jurisdiccional podrá solicitarla de oficio (Art. 185.3). En todo caso, a la Corte Suprema de justicia «le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia» (Art. 184 inc. 2), para lo cual debe establecerse una Sala de lo Constitucional (Art. 316).

En Paraguay, la Constitución determina que la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala Constitucional «tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en la Constitución y en la ley» (Arts. 132, 259.5 y 260).

En el caso de Nicaragua, la Constitución dispone que la Corte Suprema de Justicia «se integrará en Salas», siendo una de ellas «la Constitucional». No obstante, seguidamente, la Constitución determina que la Corte Plena «conocerá y resolverá los recursos por inconstitucionalidad, los conflictos de competencias y constitucionalidad entre Poderes del Estado y los conflictos de constitucionalidad, entre el gobierno central y los gobiernos municipales y de las regiones autónomas de la Costa Caribe» (Art. 163, inc. 2).

También la Constitución de Panamá prevé algo similar. A la Corte Suprema de Justicia le corresponde la guarda de la integridad de la Constitución, para lo cual «la Corte en Pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o el Procurador de la Administración, sobre la constitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona» (Art. 206.1).

Finalmente, la Constitución de Cuba establece la atribución de la «Asamblea Nacional del Poder Popular» (Art. 75) para «decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales» (Art. 75.c).

2. Las normas constitucionales genéricas, abstractas o abiertas, que por vía interpretativa, podría permitir la aplicación de la Constitución por los jueces ordinarios

Las Constituciones Iberoamericanas presentan un amplio grado de diversidad, donde se distingue, al igual que en el apartado anterior, algunos escenarios. Algunas Constituciones establecen la *supremacía* de sus normas como un mandato expreso, prescribiendo la aplicabilidad directa e inmediata –en sentido general, por cualquier operador– de sus normas; en otros casos, la supremacía de la Constitución resulta una opción interpretativa, que debe construirse aplicando métodos de interpretación constitucional, ya que ello no se encuentra previsto de forma expresa. Abordaremos por separado cada una de los escenarios:

- a) En primer lugar, nos referiremos a las Constituciones que establecen de forma expresa la aplicación de sus normas, ya sea de modo general o limitado.

Dentro de este grupo encontramos a la Constitución ecuatoriana, cuyas normas contenidas en el Título correspondiente a la Supremacía de la

Constitución, previene que todas las personas, autoridades e instituciones «*están sujetas a la Constitución*» (Art. 426 inc.1), disponiendo expresamente que juezas y jueces «*aplicarán directamente las normas constitucionales*» (Art. 426). Pero el constituyente ecuatoriano no sólo ha establecido una disposición de carácter general sino también otras de carácter limitado, así dentro de los principios de aplicación de derechos establece que «*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*» (Art. 11.3).

Otras Constituciones establecen normas que determinan su aplicación directa, aunque no con carácter general sino únicamente en un ámbito limitado. La Constitución de Bolivia, por ejemplo, prescribe que «*todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables...*» (Art. 109.I); y, la Constitución de Andorra determina que la aplicación directa está delimitada a ciertos derechos y libertades: «*Los derechos y libertades reconocidos en los capítulos III y IV del presente Título vinculan inmediateamente a los poderes públicos a título de derecho directamente aplicable.*» (Art. 39.1).

La Constitución de Brasil establece que «*las normas definidoras de los derechos garantías fundamentales son de aplicación inmediata.*» (Art. 5.1.); y, en su caso la Constitución de Colombia (Art. 85) establece que «*son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40*».

La Constitución de República Dominicana previene que «*los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado*» (Art. 74.3).

Por su parte, la Constitución de Venezuela prevé que «*los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y*

ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público» (Art. 23). No obstante, si bien la Constitución venezolana, no determina expresamente la aplicación de las normas constitucionales, establece un mandato a todas las juezas y jueces que, dentro de los ámbitos de su competencia, «están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución» (Art. 334 inc. 1).

- b) En segundo lugar, debemos referirnos a aquellas disposiciones constitucionales genéricas o abstractas que establecen de forma expresa un mandato general de respeto a la Constitución o proclaman la supremacía de sus normas.

En Andorra el constituyente ha establecido que la «Constitución, que es la norma suprema del ordenamiento jurídico, vincula a todos los poderes públicos y los ciudadanos» (Art. 3.1); disposición de la que cabe deducir que las juezas y jueces –como parte de los poderes públicos– están obligados a aplicar sus disposiciones.

Por su parte, la Constitución argentina prescribe que la «Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...» (Art. 31). De la lectura de esta disposición, puede advertirse que se ubica en primer lugar a la Constitución; y, que tanto las leyes promulgadas como los tratados son adoptados como resultado –al usar el término en consecuencia– de las normas constitucionales.

El constituyente boliviano determina que la «Constitución es la norma del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa» (Art. 410, apartado II). Si bien esta disposición no establece la aplicación de los preceptos constitucionales por las juezas y jueces ordinarios, resulta sostenible que la primacía de la Constitución

es viable, si se acepta que los jueces ordinarios puedan aplicar sus normas en las decisiones que les corresponde. Además, el constituyente boliviano establece la jerarquía de aplicación de las normas jurídicas, ubicando, en primer lugar, a la Constitución Política del Estado (Art. 410, apartado II, numeral 1).

En Chile, la Constitución prescribe que los «órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella» (Art. 6 inc. 1); de manera que, los jueces deben actuar con observancia de la Constitución, así como las normas –se infiere de menor jerarquía– deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. Tal conclusión viene a reforzarse si consideramos que «los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo» (Art. 6 inc. 2).

El constituyente colombiano prescribió que «la Constitución es norma de normas»; y, para el caso de incompatibilidad entre la Constitución con la ley u otra norma jurídica estableció que «se aplicarán las disposiciones constitucionales». Además, determina como deber de nacionales y extranjeros «acatar la Constitución y las leyes» (Art. 4). En el caso de la Constitución de Costa Rica, existe una norma general que prescribe que los costarricenses «deben observar la Constitución y las leyes» (Art. 18).

El constituyente ecuatoriano determino que «la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica» (Art. 424 inc. 1); y, en el orden jerárquico de aplicación de las normas, se establece en primer lugar la Constitución (Art. 425). Por lo demás, se establece que «todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución» (Art. 426 inc. 1). En el caso de El Salvador se prevé que «la Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos» (Art. 246).

En la Constitución española podemos identificar dos normas. En primer lugar, aquella que establece que «los ciudadanos y poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (Art. 9.1); y, así como una norma que se refiere específicamente «los derechos y libertades» reconocidos en el Capítulo segundo del Título Preliminar, los cuales «vinculan a todos los poderes públicos». Así mismo se establece la reserva de ley, que respete el contenido esencial, para regular el ejercicio de tales derechos (Art. 53.1).

En Guatemala, el constituyente ha dispuesto que «ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure» (175); también se establece un principio de preeminencia del derecho internacional de derechos humanos sobre el derecho interno (Art. 46).

El constituyente hondureño ha establecido que «no se aplicarán leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden, que regulen el ejercicio de las declaraciones, derechos y garantías establecidos en esta Constitución, si los disminuyen, restringen o tergiversan» (Art. 64).

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos establece que «todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte». También dispone que «todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, invisibilidad y progresividad» (Art. 1).

En Nicaragua, la Constitución establece que «el Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción» (Art. 27 inc. 3); así como también se previene que «la Constitución Política es la fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor algunas las leyes, tratados, decretos, reglamentos, ordenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones» (Art. 182).

La Constitución de Panamá, dentro de las normas referentes a las garantías fundamentales, prescribe que «las autoridades de las República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley» (Art. 17).

El constituyente paraguayo prescribe que «la ley suprema de la República es la Constitución» (Art. 137 inc. 1). En el mismo sentido determina que «carecerán de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en la Constitución» (Art. 137 inciso final). También la Constitución de Perú ha previsto como deber primordial del Estado «garantizar la plena vigencia de los derechos humanos» (Art. 44); así como el constituyente ha dispuesto que «la Constitución prevalece sobre toda norma legal» (Art. 51).

En Portugal, la Constitución contiene algunas disposiciones: así, prescribe que «el Estado está subordinado a la Constitución y debe fundarse en la legalidad democrática» [2. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática (Art. 3.2)]; también se dispone que «la validez de las leyes y otros actos del Estado, las regiones autónomas, gobiernos locales y entidades públicas dependen de su conformidad con la Constitución» [3. A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição (Art. 3.3)]; se establece también como tarea fundamental del Estado, el «garantizar los derechos y libertades fundamentales» [Garantir os direitos e liberdades fundamentais (Art. 9.b)]; y, finalmente, se previene que el poder político reside en el pueblo y «se ejerce de conformidad con la Constitución» [O poder político pertence ao povo e é exercido nos termos da Constituição (Art. 108)].

El constituyente de República Dominicana dispone que «todas las personas y órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento

o acto contrarios a la Constitución» (Art. 6). Dentro de los principios de aplicación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales se prescribe que «los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos» (Art. 74.4); también se determina que «los derechos fundamentales reconocidos [en la] Constitución determinan la existencia de un orden de responsabilidad jurídica y moral, que obliga la conducta del hombre y la mujer en sociedad» (Art. 75).

En Venezuela, el constituyente ha determinado que la «Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a la Constitución» (Art. 7). También prescribe que «todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución» (Art. 334 inc. 1); y, para el caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica prescribe que «se aplicaran las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente» (Art. 334 inc. 2).

3. *La aplicación directa de la Constitución, por los jueces ordinarios, según la jurisprudencia de las Altas Cortes*

La jurisprudencia de las Altas Cortes (Corte Suprema de Justicia o Tribunal Constitucional) ha manifestado de forma categórica que los jueces ordinarios deben aplicar las normas constitucionales. Lo primero que debemos destacar, es que dependiendo de la estructura institucional del país, los fallos que veremos a continuación han sido proferidos por la Corte o Tribunal Constitucional y en otros casos por las Cortes Supremas de Justicia, pero en cumplimiento de las funciones de juez constitucional.

El Tribunal Constitucional de Andorra, con ocasión del control de constitucionalidad sobre la *Ley cualificada de Inmigración*, ha dejado expuesto que la administración pública debe «plena sumisión a la Constitución»; de manera que, la circunstancia de que, si una ley no estableciera de

manera expresa la posibilidad de impugnar las decisiones administrativas ante los órganos jurisdiccionales no implica que el legislador incurriera en inconstitucionalidad por denegación de justicia. Los jueces del Alto Tribunal han establecido que:

Este precepto constitucional dispone: ‘La Administración Pública sirve con objetividad al interés general, y actúa de acuerdo con los principios de jerarquía, eficacia, transparencia y plena sumisión a la Constitución, las leyes y los principios generales del ordenamiento jurídico definidos en el Título I. Todos sus actos y normas están sometidos al control jurisdiccional’. Por tanto, la falta de mención expresa de la posibilidad de interponer el recurso jurisdiccional no comporta la improcedencia, ni -mucho menos aún- una lesión del derecho a la jurisdicción reconocido en el artículo 10 de la Constitución, ni una lesión del principio de seguridad jurídica del artículo 3.2 de la misma norma. Sobre todo, si tenemos en cuenta que el mandato del artículo 22 de la Constitución, exige ‘resolución judicial firme’ para que la no renovación de la condición de residente y la expulsión de una persona legalmente residente conviertan efectivas.¹⁰⁰

El referido Tribunal Constitucional también ha tenido oportunidad de reflexionar sobre el papel de la justicia ordinaria y la garantía de los derechos. Ha establecido, lo que podría denominarse, una forma indirecta de

¹⁰⁰ En su redacción original se expresa: “Aquest precepte constitucional disposa: ‘L’Administració pública serveix amb objectivitat l’interès general, i actua d’acord amb els principis de jerarquia, eficàcia, transparència i plena submissió a la Constitució, les lleis i els principis generals de l’ordenament jurídic definits en el Títol I. Tots els seus actes i normes estan sotmesos al control jurisdiccional’. Per tant, la manca de menció expressa de la possibilitat d’interposar el recurs jurisdiccional no en comporta la improcedència, ni –molt menys encara- una lesió del dret a la jurisdicció reconegut a l’article 10 de la Constitució, ni una lesió del principi de seguretat jurídica de l’article 3.2 de la mateixa norma. Sobretot, si tenim en compte que el mandat de l’article 22 de la Constitució, exigeix ‘resolució judicial ferma’ perquè la no renovació de la condició de resident i l’expulsió d’una persona legalment resident esdevinguin efectives”: Tribunal Constitucional de Andorra, dictamen previ 2000-1-DP, Llei qualificada d’immigració, de 9 de febrero de 2001.

aplicar la Constitución mediante el agotamiento de la vía judicial previa, fundamentalmente porque son los jueces ordinarios los «garantes primeros y fundamentales de los derechos constitucionales». En una sentencia de amparo, ha expresado:

De las actuaciones remitidas a este Tribunal se desprende con claridad que, efectivamente, la Sra. Nathalie Wilmaers no recurrió en apelación el auto de la Sección de Instrucción que resolvía el incidente de nulidad de actuaciones y que ahora se impugna en amparo. Parece claro que ante este auto cabía un recurso de apelación y es incontrovertible que el TC, consciente del hecho de que los tribunales de la jurisdicción ordinaria son los garantes primeros y fundamentales de los derechos constitucionales, siempre ha exigido con especial cuidado el cumplimiento del requisito del artículo 94 de la Ley cualificada del Tribunal constitucional que exige el agotamiento de las vías judiciales previas antes de poder acceder al amparo constitucional.¹⁰¹

Si bien establece la necesidad de agotar la vía previa para recurrir en sede constitucional en recurso de amparo, el Tribunal andorrano determina que el cumplimiento de tal requisito, para acceder a la justicia constitucional, debe analizar conforme las circunstancias del caso concreto. Así, en un caso particular ha encontrado satisfecho el requisito de agotamiento de las vías judiciales previas, ya que si bien no se interpuso un recurso de apelación tras la denegación del incidente de nulidad, pero había interpuesto con anterioridad otros tres recursos de apelación que habían sido denegados¹⁰².

¹⁰¹ En su redacción original se dice: “De les actuacions trameses a aquest Tribunal es desprèn amb claredat que, efectivament, la Sra. Nathalie Wilmaers no va recórrer en apel·lació l’auto de la Secció d’Instrucció que resol·lia l’incident de nul·litat d’actuacions i que ara s’impugna en empara. Sembla clar que davant aquest auto hi cabia un recurs d’apel·lació i és incontrovertible que el Tribunal Constitucional, conscient del fet que els tribunals de la jurisdicció ordinària són els garants primers i fonamentals dels drets constitucionals, sempre ha exigit amb especial cura el compliment del requisit de l’article 94 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional que exigeix l’esgotament de les vies judicials prèvies abans de poder accedir a l’empara constitucional”: Tribunal Constitucional de Andorra, recurs d’empara 2011-34-RE, sentència del 13 de juliol del 2012.

¹⁰² Dice el Tribunal al respecto: “Sin embargo, en el caso aquí enjuiciado concurre una circunstancia

Esa posición jurisprudencial se ha visto afianzada por una posterior sentencia, en la que se ha establecido que el agotamiento de la vía judicial tiene dos finalidades: garantía primaria de los jueces ordinarios en la reparación de la vulneración de derechos constitucionales; y, evitar la intromisión de la jurisdicción constitucional en los procesos que aún se tramitan en la jurisdicción ordinaria. Se ha dicho al respecto:

En cuanto a la alegación relativa a que el procedimiento ante la jurisdicción ordinaria aún está abierto, es cierto que cuando la Ley cualificada del Tribunal Constitucional exige el agotamiento de las vías procesales previas está persiguiendo dos finalidades importantes: de una parte, dar a los jueces y tribunales, que son la garantía primera y ordinaria de los derechos constitucionales, la oportunidad de reparar cualquier vulneración de estos derechos que se haya podido producir y, por otro lado, evitar que el Tribunal Constitucional se ‘interfiera en los procedimientos que están en curso ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria.’¹⁰³

No obstante, el Tribunal Constitucional, mediante el recurso de amparo, ha accedido a reparar las violaciones de derechos que no pueden ser

específica que hay que tener muy presente a la hora de decidir si se ha cumplido o no el requisito mencionado. Nos referimos a que, como veremos inmediatamente, el objeto principal de la demanda es la denuncia de las dilaciones, pretendidamente indebidas, que se han producido y se siguen produciendo en las actuaciones que tienen lugar ante la Sección de Instrucción de la Alcaldía y se da el caso de que la recurrente al menos en tres ocasiones ya ha formulado los correspondientes recursos de apelación ante el Tribunal de Cortes alegando las referidas dilaciones, pidiendo el levantamiento del embargo y del desbloqueo de los sus cuentas corrientes y el archivo de las actuaciones y en las tres ocasiones -la última el 17 de diciembre de 2010- el Tribunal de Cortes desestimó estas peticiones.

Es decir, la recurrente ha dado la oportunidad al Tribunal de Cortes de pronunciarse sobre las dilaciones y este negó que fueran indebidas o irrazonables. Ante este hecho, parece excesivamente riguroso exigir, nuevamente, tras la denegación del incidente de nulidad de actuaciones ante la Alcaldía, la interposición de un cuarto recurso de apelación antes de poder interponer el recurso de amparo en que se alegan dilaciones que todavía se estarían produciendo. Por consiguiente, dadas las circunstancias especiales que rodean este caso se puede considerar que en esta causa concreta se ha agotado la vía judicial previa”.

¹⁰³ En su redacción original el texto expresa: “Pel que fa a l’alegació relativa al fet que el procediment davant la jurisdicció ordinària” encara està obert, és cert que quan la Llei qualificada del Tribunal Constitucional exigeix l’esgotament de les vies processals prèvies està seguint dues finalitats importants: d’una banda, donar als jutges i tribunals, que són la garantia primera i ordinària dels drets

subsanaadas en el futuro, como es el caso de la vulneración del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. En un caso particular, las autoridades andorranas habían acordado la remisión de cartas rogatorias a autoridades extranjeras para obtener información relacionada con el secreto bancario, ante lo cual las personas afectadas solicitaron un incidente de nulidad de actuaciones alegando vulneración del derecho a la jurisdicción, en la vertiente concreta del derecho a un debido proceso (habían sido cursadas sin auto motivado y sin notificación); sin ser necesarias (infringiendo las garantías procesales del Código de procedimiento penal andorrano Arts. 40 y 80), así como afectando su derecho a la intimidad.

Las autoridades judiciales desestimaron el incidente de nulidad de actuaciones; recurrida tal decisión en apelación, el Tribunal de Cortes (órgano de apelación) se limitó a no admitir a trámite el recurso por considerar que la legislación andorrana establece un *numerus clausus* para el recurso de apelación. El tal contexto, el Tribunal Constitucional de Andorra estableció:

Como se ha expuesto en los antecedentes, ni la Alcaldía ni el Tribunal de Cortes han dado respuesta al fondo de esta petición ya que han declarado, el primero, que el incidente de nulidad de actuaciones no es la vía procesal idónea para enjuiciar vulneraciones de derechos diferentes de aquellos del artículo 10 de la Constitución y, el segundo, que las resoluciones judiciales que resuelven incidentes de nulidad de actuaciones no pueden ser recurridas en apelación. A partir de estas premisas, las resoluciones impugnadas no sólo han impedido que los recurrentes agotaran la vía judicial previa, sino que también han imposibilitado que ejercieran su derecho a la jurisdicción, ya que no han podido defender ante la jurisdicción ordinaria la vulneración del su derecho a la intimidad que pretendían denunciar.

[...]

Esta falta de pronunciamiento imputable a los autos judiciales impugnados podría permitir al Tribunal Constitucional entrar a

conocer la vulneración de este derecho a la intimidad, ya que no se trata de un derecho procesal -la reparación del que normalmente requiere la retroacción de las actuaciones-, sino de un derecho sustantivo. Sin embargo, en el supuesto examinado, ya que también se ha vulnerado el derecho a obtener una decisión fundamentada en Derecho, que requiere como consecuencia la anulación de las comisiones rogatorias y la retroacción de actuaciones y dado que, con la referida anulación ya han cesado los efectos que producían las referidas comisiones, así como dada la íntima relación entre los dos derechos, el Tribunal estima que procede remitir la resolución de la denuncia de la vulneración del derecho a la intimidad a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, que como hemos recordado son sus primeros garantes.¹⁰⁴

De lo anotado resulta evidente –e indubitable–, que los jueces ordinarios deben aplicar la Constitución en el ejercicio de sus funciones; que otra finalidad tendría el agotamiento de la vía judicial previa, sino permitir a

constitucionals, l'oportunitat de reparar qualsevol vulneració d'aquests drets que s'hagi pogut produir i, d'altra banda, evitar que el Tribunal Constitucional s'interfereixi en els procediments que estan en curs davant els tribunals de la jurisdicció ordinària": Tribunal Constitucional de Andorra, recurs d'empara 2011-36-RE, sentència del 2 d'abril del 2012.

¹⁰⁴ Com s'ha exposat en els antecedents, ni la Batllia ni el Tribunal de Corts han donat resposta al fons d'aquesta petició ja que han declarat, el primer, que l'incident de nul·litat d'actuacions no és la via processal idònia per enjudiciar vulneracions de drets diferents d'aquells de l'article 10 de la Constitució i, el segon, que les resolucions judicials que resolen incidents de nul·litat d'actuacions no poden ser recorregudes en apel·lació. A partir d'aquestes premisses, les resolucions impugnades no solament han impedit que els recurrents esgotessin la via judicial prèvia, sinó que també han impossibilitat que exercissin el seu dret a la jurisdicció, ja que no han pogut defensar davant la jurisdicció ordinària la vulneració del seu dret a la intimitat que pretenien denunciar.
[...]

Aquesta manca de pronunciament imputable als autes judicials impugnats podria permetre al Tribunal Constitucional entrar a conèixer la vulneració d'aquest dret a la intimitat, atès que no es tracta d'un dret processal –la reparació del qual normalment requereix la retroacció de les actuacions–, sinó d'un dret substantiu. Tanmateix, en el supòsit examinat, atès que també s'ha vulnerat el dret a obtenir una decisió fonamentada en Dret, que requereix com a conseqüència l'anul·lació de les comissions rogatòries i la retroacció d'actuacions i atès que, amb la referida anul·lació ja han cessat els efectes que produïen les referides comissions, així com atesa la íntima relació entre els dos drets, el Tribunal estima que és procedent remetre la resolució de la denúncia de la vulneració del dret a la intimitat als tribunals de la jurisdicció ordinària, que com hem recordat són els seus primers garants: Tribunal Constitucional de Andorra, recurs d'empara 2011-36-RE, sentència del 2 d'abril del 2012.

los propios jueces ordinarios reparar la vulneración de derechos que pudieran hacerse producido, así como permitir a las personas afectadas reclamar su reparación. Además, con el agotamiento de la vía judicial previa se permite a los jueces la aplicación de la Constitución y se cumple con el mandato de vigencia de los derechos constitucionales como obligación primaria de los jueces ordinarios, que son quienes conocen los hechos concretos, sustancian y resuelven los procesos.

En el caso de Bolivia, el Tribunal Constitucional Plurinacional en calidad de máximo intérprete de la Constitución, a través de una de sus Salas, al resolver una solicitud de tutela en el marco de un proceso civil que había obtenido sentencia ejecutoriada, ha expresado que la aplicación directa de la Constitución tiene como premisa asegurar la eficacia máxima y consolidar la vigencia material de los derechos fundamentales. Ha expresado el Alto Tribunal, en términos concluyentes:

[...] el principio de aplicación directa y eficaz de los derechos fundamentales, constituye un postulado que consolida el valor normativo de la Constitución, por el cual, los derechos fundamentales tienen una efectividad plena más allá de un reconocimiento legislativo o de formalismos extremos que puedan obstaculizar su plena vigencia, aspecto que caracteriza la “última generación del Constitucionalismo”, en el cual, el fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico, se consagra y alcanza su esplendor a través del principio de aplicación directa de los derechos fundamentales, el cual se materializa a través del nuevo rol de las autoridades jurisdiccionales [...] ¹⁰⁵.

El fundamento para la aplicación directa de las normas constitucionales por parte de las autoridades jurisdiccionales –jueces ordinarios– ha quedado explicitado de la siguiente manera:

El principio de aplicación directa de la Ley Fundamental, que además por antonomasia comprende a la aplicación eficaz de

¹⁰⁵ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia No. 121/2012, de 2 de mayo.

derechos, está íntimamente ligado con el valor axiomático de la Constitución, postulado a partir del cual, el fenómeno de constitucionalización o de irradiación del contenido de la Constitución en el orden jurídico y social, no se realizará solamente en cuanto a las normas positivas de rango constitucional, sino también en relación a las directrices axiomáticas rectoras del orden jurídico e institucional del Estado Plurinacional de Bolivia, como ser los valores justicia e igualdad, razón por la cual, solamente a partir de esta concepción puede sustentarse la eficacia del valor normativo de la Constitución.¹⁰⁶

En el proceso concreto, el Alto Tribunal establece que el núcleo esencial del derecho fundamental de propiedad genera obligaciones negativas tanto para el Estado como para los particulares; de manera que, la decisión de la autoridades jurisdiccionales, tanto de primera instancia como de los jueces que resolvieron el recurso de apelación, al negarse a ordenar el despoDERAMIENTO del inmueble, fundado en que la sentencia no ordenaba tal cuestión y que el accionante disponía de un procedimiento para reclamarlo (en términos procesales un nuevo juicio), afecta al «principio de directa y eficaz aplicación de los derechos fundamentales».

El Tribunal Constitucional de Chile, en el marco del procedimiento para declarar la inconstitucionalidad de organizaciones y movimientos políticos, ha dejado establecido que:

[...] la Constitución obliga tanto a los titulares e integrantes de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo, y es deber de todos ellos respetarla. El principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 6º de la Constitución tiene un alcance universal. En los conceptos de “institución o grupo” están comprendidos los movimientos y las organizaciones a que se refiere el artículo 19 N° 15º de la Constitución. La vulneración de la Constitución, en consecuencia, puede provenir de cualquiera de los integrantes de la sociedad política [...] ¹⁰⁷.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Tribunal Constitucional de Chile, rollo No. 567, de 2 de junio de 2010.

Así, el Tribunal Constitucional de Chile fundado en el principio de supremacía constitucional ha precisado que los preceptos constitucionales son obligatorios y contienen mandatos expresos, tanto para los órganos del Estado como para los gobernados.

Si bien, en el caso de preceptos legales que pueden tener efectos inconstitucionales, el constituyente ha establecido el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ello no releva la importancia de tal mecanismo en la aplicación de la Constitución, pues se trata de un control concreto en el marco del proceso:

[...] el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es la acción que el ordenamiento supremo franquea para evitar que la aplicación de uno o más preceptos legales, invocados en una gestión judicial pendiente, produzca efectos, formal o sustantivamente, 14 contrarios al Código Político. Trátase, por ende, de un control concreto de la constitucionalidad de la ley, centrado en el caso sub lite y cuya resolución se limita a que disposiciones legales determinadas, en sí mismas, resulten, en su sentido y alcance intrínseco, inconciliables con el texto y espíritu de la Carta Fundamental¹⁰⁸.

Sobre los efectos de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, también el Alto Tribunal ha precisado:

[...] se añade el efecto exclusivamente negativo de ella, ya que si esta Magistratura decide que uno o varios preceptos legales son inaplicables en la gestión que se sigue ante un tribunal ordinario o especial, queda prohibido al tribunal que conoce de la misma, aplicarlos. Pero, en caso de desecharse por este Tribunal Constitucional la cuestión de inaplicabilidad interpuesta, al tribunal que conoce de dicha gestión pertenece en plenitud la facultad de determinar las normas que aplicará a la resolución del conflicto que conoce, sin que necesariamente hayan de ser aquéllas cuya constitucionalidad se cuestionó.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 8 de abril de 2010.

¹⁰⁹ Tribunal Constitucional de Chile, rollo No. 701-2007.

En *Colombia*, la acción de tutela constituye la garantía para reclamar ante los jueces «la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales» cuando resulten vulnerados o amenazados «por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública» (Art. 86 CP). Desde esa perspectiva, resulta oportuno destacar que la jurisprudencia ha encontrado procedente la acción de tutela, tanto contra la administración pública como también contra las decisiones provenientes de los órganos de la Rama Judicial en el marco de un proceso sometido a conocimiento del juez ordinario.

Así por ejemplo, en el año 1992 en una acción de tutela interpuesta por un ciudadano en contra del Gerente General de las Empresas Públicas Municipales de Cartagena, que solicitaba la terminación de la construcción de servicio de alcantarillado; acción que había sido rechazada en única y definitiva por el Tribunal Administrativo de Bolívar, la Corte Constitucional mediante sentencia de revisión, dejó establecido que «el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la energética pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución»¹¹⁰, pues encontró que la suspensión de la construcción del alcantarillado en un barrio de clase baja vulnera derechos fundamentales (como la dignidad humana, la vida; y, los derechos de los disminuidos), los mismos que deben ser protegidos por el juez que conoce la acción de tutela mediante la aplicación de las normas constitucionales.

Para el caso de las providencias judiciales adoptadas en el marco de un proceso que se sustancia en la justicia ordinaria, también se ha admitido

¹¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-406/92, de 5 de junio: Dice la Corte Constitucional: **“Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales.** La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como **una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales.** En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela [...]”

la procedencia de la acción de tutela conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Así, en el ámbito de la justicia ordinaria, en proceso ejecutivo hipotecario propuesto por una entidad bancaria en contra de varios deudores, en primera instancia el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Montería declaró procedente la acción planteada; en segunda instancia, la Sala Civil –Familia– Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería revocó la decisión de primera instancia y ordenó la terminación del proceso ejecutivo.

Notificada la sentencia dictada en el proceso ejecutivo, la entidad bancaria interpuso acción de tutela aduciendo la vulneración de sus derechos constitucionales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, cuyo conocimiento correspondió a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que, luego de la sustancia, dictó sentencia concediendo la tutela solicitada. Los demandados en el proceso ejecutivo hipotecario impugnaron la sentencia de primera instancia dictada en el proceso de tutela, correspondiendo su conocimiento a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que revocó la sentencia de primera instancia; y, en su lugar, negó la tutela invocada. La Corte Constitucional en sentencia de revisión expresó:

Los procesos judiciales ordinarios son escenarios en los que, habida consideración del principio de supremacía constitucional (Art. 4 C.P.), debe primar el reconocimiento, protección y garantía de los derechos fundamentales. Las normas de la Carta Política y, en especial, aquellas que prevén tales derechos, constituyen parámetros ineludibles para la decisión judicial. [...] Ello en la medida que tales preceptos tienen valor normativo y superioridad jerárquica dentro del grupo de fuentes de derecho que debe tener en cuenta el funcionario judicial –individual o colegiado– al momento de adoptar sentencia. Por ende, en los casos en que se acredite con suficiencia que la decisión judicial incumple estos requisitos axiales, la necesidad de preservar la eficacia de los preceptos constitu-

cionales obliga a contar con un instrumento que permita restituir la vigencia de las normas constitucionales en el caso concreto¹¹¹.

En el ámbito del proceso concreto, la Corte Constitucional revocó la decisión de la Sala de Casación Laboral –que había revocado el fallo de primera instancia de tutela–, confirmando la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, porque la sentencia definitiva dictada en el proceso ejecutivo hipotecario, al extender injustificadamente las características atribuibles a uno solo de los títulos valores a los demás, desconocer la normatividad comercial y procesal relacionada con la naturaleza jurídica de los títulos valores y sus efectos en materia probatoria, omitir valorar pruebas obrantes en el proceso; y, pretender motivar una excepción en asuntos no probados ni discutidos en el proceso ejecutivo viola el derecho fundamental al debido proceso. A su vez, ordenó que la Sala Civil–Familia–Laboral del Tribunal Superior de Montería, que había dictado el fallo de apelación en el proceso ante la justicia ordinaria, dictara uno nuevo. La Alta Corte ha señalado que los jueces ordinarios, en su calidad de servidores públicos, deben actuar dentro del preciso marco fijado por la Constitución y la ley, considerando fundamentalmente, que el «proceso judicial es un escenario estrictamente reglado, cuya función principal es la garantía de los derechos».

En Costa Rica, la jurisprudencia de la Sala Constitucional destacado que, al juez ordinario corresponde «velar por la tutela de los derechos». Así, al conocer un recurso interpuesto en el marco de un procedimiento de ejecución penitenciaria ha establecido:

[...] Este Tribunal no puede ni debe suplantar a las administraciones o autoridades públicas en la resolución de los asuntos que -por disposición expresa de nuestro ordenamiento jurídico- son propios de su ámbito de competencia. En cuyo caso, debe recordarse que corresponde a los consejos de valoración existentes en los diversos centros penitenciarios y al Instituto Nacional de Criminología el

¹¹¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T310/2009, de 30 de abril.

conocer del plan de atención técnica de cada privado de libertad, así como de su eventual ubicación dentro del sistema penitenciario nacional. Lo anterior mediante los procedimientos previsto al efecto. Por ello, si el recurrente está disconforme con respecto a su actual ubicación dentro del sistema penitenciario y considera que procede su traslado, así lo deberá alegar en la propia sede administrativa, a fin de que se analice su caso y se determine si procede lo pretendido, en atención a los diversos criterios técnicos que han de considerarse al conocer de este tipo de asuntos. A lo que debe agregarse que si el recurrente resultare disconforme con lo que se resuelva en vía administrativa podrá acudir en resguardo de sus derechos -mediante el procedimiento previsto para los incidentes de ejecución de la pena- ante el correspondiente Juez de Ejecución de la Pena, como autoridad jurisdiccional a la que le compete justamente velar por la tutela de los derechos de los privados de libertad, fiscalizar el debido cumplimiento del régimen penitenciario, y garantizar el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena¹¹².

En otro caso y bajo un contexto diferente, la Sala constitucional del Alto Tribunal costarricense ha expresado que, cuando las autoridades públicas han incurrido en omisión de resolver y notificar, de forma oportuna, los reclamos administrativos, a partir de la vigencia del Código Procesal Contencioso-Administrativo (Ley No. 8508, de 24 de mayo de 2006, cuya vigencia se ha establecido a partir del 1 de enero de 2008) debe recurrirse a los diversos mecanismos procesales que incorpora la legislación en la jurisdicción contencioso-administrativa, en particular en lo relacionado al derecho a un procedimiento pronto y cumplido reconocido en el artículo 41 de la Constitución Política¹¹³.

En nuestro país, Ecuador, más allá de que el texto constitucional señala con claridad la aplicación directa de las normas constitucionales por cualquier servidor o servidora pública, así como por juezas y jueces que

¹¹²Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, sentencia No. 00749/2006, de 31 de enero; véase también la sentencia No. 08101/2008, de 13 de mayo.

¹¹³Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, sentencia No. 7610 2008, de 6 de mayo.

administran justicia ordinaria, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que corresponde a juezas y jueces la aplicación directa de las normas constitucionales. En el marco de una consulta de constitucionalidad planteado por un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Corte Constitucional ha expuesto:

[...] la jueza o juez deberá tener siempre en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. De manera general, las juezas y jueces aplicarán las normas constitucionales de modo directo y sin necesidad de que se encuentren desarrolladas. Sin embargo, en caso de que el juez en el conocimiento de un caso concreto considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución, debe suspender la causa y remitir la consulta a la Corte Constitucional¹¹⁴.

En España, el Tribunal Constitucional ha determinado cual es el papel que corresponde a los de jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial frente a la Constitución. Desde sus primeras sentencias, el Alto Tribunal ha establecido que la obligación de agotar la vía judicial para la interposición del recurso de amparo tiene su fundamento en el papel primario que debe otorgarse a los titulares del Poder Judicial en la garantía y protección de los derechos.

En una sentencia pronunciada en el año de 1981, en el marco de un proceso de custodia y régimen de visitas, en el que se había interpuesto recurso de amparo, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, no solo que dejó establecido que «la finalidad esencial del recurso de amparo» es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades «cuando las vías ordinarias han resultado insatisfactorias» (Fj 2) sino que también determino que «el agotamiento de todos los recursos en la vía judicial» es requisito para la interposición de la acción de amparo. En concreto, señaló:

¹¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 001-13-SCN-CC, de 6 de febrero de 2013.

El Juez [...], y luego la Sala [...], han actuado como meros ejecutores de la Sentencia canónica, en la cuestión referente a los hijos. No han ejercido la potestad jurisdiccional que por imperativo del artículo 117.3 de la Constitución Española y en el orden civil, tal como dice el art. 51 de la L.E.C., les corresponde, dando lugar con ello a la violación de un derecho constitucionalizado: el derecho a la justicia o derecho a la tutela jurisdiccional, que se califica por la nota de la efectividad, todo ello en el art. 24.1 de la Constitución Española. No se trata, como se ha aludido en algún momento del proceso, de que la jurisdicción eclesiástica haya invadido ámbitos jurisdiccionales estatales, pues en el área intraeclesial, y ordenado a fines espirituales, con fuerza en el fuero interno para los creyentes, lo que resuelven los Tribunales Canónicos no puede tacharse, en modo alguno, de improcedente. Es que debiendo el Juez decidir con plena jurisdicción, en el orden jurídico civil, según la legislación del Estado entendida en forma coherente con la Constitución, no lo ha hecho, por interpretar que estaba vinculado por lo dicho por el Tribunal Eclesiástico. Se observa, por ello, que hay que afirmar la potestad del Juez con plenitud jurisdiccional, para lo que es menester declarar la nulidad de las resoluciones judiciales que han dado lugar a este proceso y reconocer el derecho de las partes a la tutela jurisdiccional; de este modo vuelto el proceso civil al estado inmediato anterior al 4 de mayo de 1979, el Juez de Primera Instancia de Huesca resolverá el conflicto que respecto a la custodia, y régimen de comunicación y visitas de los hijos, enfrenta al que ha demandado el amparo y a la que como demandada se ha opuesto a la acción de amparo¹¹⁵.

En una posterior sentencia –dictada el mismo año–, el Pleno del Tribunal, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad del art. 252. núms. 2 y 3, de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, planteada por el Magistrado del Juzgado de Primera Instancia No. 7 de Barcelona, en el marco de un juicio declarativo de mayor cuantía, para negar derechos sucesorios a la heredera y legatario designados en su testamento, el Tribunal Constitucional precisó que «la defensa de la Constitución» corresponde, en primer lugar, a los jueces y Tribunales, que han de negar validez, a

¹¹⁵Tribunal Constitucional de España, sentencia No. 1/1981, de 26 de enero.

las normas reglamentarias que sean contrarias a la Constitución –inaplicándolas–; incluso, reconoció la facultad de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial para inaplicar las normas legales que adolezcan de un vicio de inconstitucionalidad, bajo la condición de que sean anteriores a la Constitución; no obstante para el caso de normas posteriores a la vigencia de la Constitución –dada la sumisión del juez ordinario al imperio de la ley–, estableció que corresponde el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. En el marco del proceso concreto, expresaba:

En el presente caso, y de existir, efectivamente, la contradicción total o parcial entre el art. 252 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña y la Constitución, la derogación total o parcial de aquella norma se habría producido el día 29 de diciembre de 1978 y no podría tener repercusión alguna sobre los derechos y obligaciones nacidos con anterioridad a esa fecha, como son los que nacieron en el momento de la muerte (26 agosto de 1975) del causante de la herencia objeto del proceso civil (art. 657 del Código Civil), fecha a la que hay que referir también la calificación de capacidad de los herederos o legatarios (art. 758 del Código Civil). En la medida en que el fallo del Juez haya de basarse precisamente en la existencia o inexistencia de capacidad sucesoria de los designados en el testamento, ese fallo no depende, pues, en modo alguno, del pronunciamiento que este Tribunal pudiera hacer sobre los efectos derogatorios que hayan de atribuirse a la probable contradicción entre la norma cuestionada y la Constitución.

Cosa muy distinta es la interpretación que, una vez promulgada la Constitución, haya de hacerse de una norma que en razón de ser anterior a la Constitución puede ser inaplicada por el propio juez si la considera contraria a ella, pero cuya validez en el momento de nacimiento de los derechos sucesorios de las partes no puede ser cuestionada, y cuyo sentido responde a una valoración social de determinadas relaciones personales bien distinto al que subyace a los preceptos de nuestra Ley Fundamental. Esa interpretación corresponde, sin embargo, al juez civil y no a este Tribunal¹¹⁶.

¹¹⁶Tribunal Constitucional de España, sentencia No. 17/1981, de 1 de junio.

Esa posición jurisprudencial fue reiterando hasta consolidarse. Así, para el año de 1982, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, al resolver un recurso de amparo en el que se alegaba el derecho a la objeción de conciencia y se solicitaba prorroga de incorporación al servicio militar que había recibido una respuesta negativa por las autoridades militares, el Tribunal Constitucional expresó de forma concluyente:

[...] los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental en su art. 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata. Este principio general no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable supuestos que no se dan en el derecho a la objeción de conciencia.

Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que en el caso presente habría de identificarse con la suspensión provisional de la incorporación a filas, pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo previsto en el art. 53.2 de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella¹¹⁷.

Posteriormente, en el marco de un recurso de amparo interpuesto contra Autos dictados por la Sala Segunda (Penal) del Tribunal Supremo –máximo órgano de la justicia ordinaria–, en los que se había decidido la

¹¹⁷ Tribunal Constitucional Español, sentencia No. 15/1982, de 23 de abril.

inadmisión de unos recursos de casación interpuestos en el proceso ante la justicia ordinaria, el Tribunal Constitucional precisó:

[...] La constitucionalización no es simplemente, sin embargo, la mera enunciación formal de un principio hasta ahora no explicitado, sino la plena positivación de un derecho a partir de la cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios (art. 53.2, de la C.E.), y su elevación al rango de derecho fundamental, de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento¹¹⁸.

De manera que, un evento innegablemente trascendental como es la promulgación de una nueva Constitución no puede mantener inalterable una posición jurisprudencial, por más reiterada y consolidada que ésta resulte; pues, una interpretación anterior a la vigencia de la norma fundamental puede resultar claramente incompatible con la vigencia y materialización de los derechos que se reconocen a las personas. Los magistrados del Alto Tribunal, reflexionaban en los siguientes términos:

[...] Como derecho fundamental, el de ser presumido inocente mientras la culpabilidad no sea probada es de los encomendados al amparo de este Tribunal, como ya han declarado reiteradas Sentencias y muy en especial la de 28 de julio de 1981, dictada en el recurso de amparo 113/81 («Boletín Oficial del Estado» del 13 de agosto). La vulneración de este derecho [el de la presunción de inocencia que se había alegado en el proceso concreto], como la de cualquier otro de los que consagra la Sección Primera del capítulo segundo del título I de la Constitución, sólo puede ser denunciada ante este Tribunal, sin embargo, cuando se han agotado infructuosamente todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (art. 44.1, a, de la LOTC) pues la protección de los derechos corresponde primordialmente a los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial, los cuales, como es obvio,

¹¹⁸ Tribunal Constitucional español, sentencia No. 56/1982, de 26 de julio.

sólo pueden otorgarla cuando se busca a través de instituciones procesales posibles y adecuadamente utilizadas. El problema con el que aquí nos enfrentamos es el de determinar si las normas que definen estas instituciones pueden seguir siendo interpretadas en los mismos términos en que lo eran antes de ser promulgada la Constitución, aun a riesgo de reducir el número de los «recursos utilizables dentro de la vía judicial» o es necesaria una nueva interpretación de conformidad con la Constitución, a fin de llevar al máximo posible la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales a los derechos fundamentales.

Este problema no tiene quizás una solución única, pues, de una parte, la eficacia que el amparo constitucional pueda tener en relación con el ordinario amparo judicial, es distinta según el diferente contenido de los derechos fundamentales, y de la otra, no todas las normas procesales tienen el mismo grado de maleabilidad ni son los mismos los riesgos que en distintos supuestos entraña una interpretación distinta de la tradicional. Hemos de reducirnos, por ello, como decíamos al comienzo, al concreto problema que plantea la protección jurisdiccional de la presunción de inocencia y, más precisamente, a la cuestión de si la protección eficaz de este derecho queda asegurada con el recurso de amparo ante este Tribunal, o exige, en aras de la eficacia, una reinterpretación de las normas que regulan la casación penal, en tanto se produce una disciplina más adecuada de esta institución, a través de la cual, como se ha dicho, «se vigila la obra del Juez, se asegura el respeto a la Ley y se mantiene la unidad de la jurisprudencia»

Una consideración superficial podría llevar tal vez a la conclusión de que el actual formalismo del recurso de casación es insuperable y lo hace poco adecuado para buscar a su través el remedio a las eventuales vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia que puede ser más fácilmente asegurado por este Tribunal. Esta consideración es, no obstante, claramente engañosa, pues si bien es cierto que este Tribunal no está atado por formalismos de ese género, no lo es menos que, aparte otras muchas consideraciones, carece de las atribuciones que el art. 902 de la L.E.Cr. confiere a la Sala de Casación para dictar Sentencia sustitutiva de la anulada, con lo cual sus decisiones estimatorias pueden engendrar en

algunos casos consecuencias tan nocivas como las que generaba la infausta institución de la «absolución de la instancia» que hace ya más de cien años quedó expulsada de nuestro Derecho.

La simple posibilidad de estas consecuencias obliga a apurar al máximo las virtualidades del recurso de casación para obtener a través de él la eficaz protección de un derecho fundamental, para garantizar que, como quería el legislador de 1882, no se sacrifican jamás los fueros de la inocencia. No es, de otra parte, la definición legal de las formalidades de la casación barrera tan formidable que no pueda ser superada mediante una interpretación conforme a la Constitución de las correspondientes normas, como la que de manera encomiable ha efectuado la Sala Segunda del Tribunal Supremo al admitir el recurso de casación que ha fallado con la Sentencia de 1 de junio pasado mencionada en el punto anterior. (Fj 2).

Ya en el ámbito del caso concreto, el Tribunal Constitucional examina fundamentos ofrecidos por la Sala Segunda del Tribunal Supremo para inadmitir los cargos formulados en el recurso de casación. Los magistrados del Tribunal Constitucional fundamentan su análisis en unos términos que –aunque mediamente extensos– merecen ser reproducidos en su integridad:

3. El último de los motivos de casación que el Auto impugnado rechaza, aducido en sexto lugar en el correspondiente escrito de formalización, es el de infracción de Ley al amparo del apartado 1.º del art. 849, de la L.E.Cr., por falta de aplicación del último inciso del párrafo primero del apartado 2 del art. 24 de la Constitución (presunción de inocencia). Las razones que llevaron a la inadmisión se reducen, en sustancia, a la de que el precepto constitucional no es precepto penal de carácter sustantivo, ni una norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal.

Aunque expuesta así, sin matizaciones, esta valoración de la norma constitucional puede ser objeto de críticas razonables, es difícil negarle validez en lo fundamental, pues en efecto el precepto en cuestión no incide directa ni indirectamente sobre la tipificación de los delitos o las faltas, o sobre la definición de la responsabili-

dad de los inculpados, sino que impone la necesidad de que esa responsabilidad quede probada. Sin ser en sí misma de carácter procesal, es la norma que sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura, de modo que sólo puede ser violada de manera mediata, a través de una violación del procedimiento establecido y sólo a través del análisis del que en cada caso concreto se haya seguido puede el Tribunal de Casación detectar la infracción. No es ello cosa del todo imposible, pues como evidencia la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio del corriente año, la facultad que el art. 899 de la L.E.Cr. confiera a la Sala puede ser utilizada eficazmente, como en ese caso ocurrió, para constatar la existencia de un defecto básico. Es forzoso reconocer, sin embargo, que aceptar que la simple invocación del art. 24.2 de la Constitución como norma infringida, puede bastar para fundamentar el recurso de casación por infracción de Ley de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.º del art. 849, de la L.E.Cr. significaría no sólo una interpretación forzada de dicho precepto, sino también una casi total destrucción del control de admisibilidad indispensable en un recurso de esta naturaleza. La conclusión que se impone es, por tanto, la de que, para que resulte admisible, el recurso de casación por infracción de la presunción de inocencia ha de fundamentarse mediante la referencia a datos concretos que otorguen verosimilitud a la afirmación de que una decisión judicial se ha producido sin apoyo de prueba alguna, pues es esto, y no el modo en que la prueba ha sido valorada, lo que con el recurso de casación se puede tratar de corregir.

Dicho en otros términos, podría afirmarse que la violación del derecho a ser presumido inocente sólo se puede originar en un error in procedendo. Esta afirmación no puede llevar, no obstante, a la conclusión de que el recurso de casación por quebrantamiento de forma protege hoy suficientemente contra esa violación, pues de un lado el carácter cerrado y casuístico de la enumeración de los motivos de casación por esta causa que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece en su redacción actual no permite incardinar en ellos el quebrantamiento básico, improbable pero no imposible, que implica la total ausencia de pruebas y, del otro, la naturaleza misma de tal quebrantamiento exige un remedio distinto y más enérgico que el que ofrece, para este género de

defectos, el art. 901 bis, a), de la L.E.Cr

4. Los motivos cuarto y quinto del recurso de casación, que igualmente declara inadmisibles el Auto impugnado, son variantes de un mismo razonamiento: el de que en la apreciación de las pruebas ha existido error de hecho. El primero de ellos señala como origen del error el que el fallo no ha tenido en cuenta documentos auténticos, entre los que señala las declaraciones de los procesados que figuran en las actuaciones y el acta misma del proceso. El segundo considera que el error se ha producido simplemente por no haber aplicado el juzgador el principio de la presunción de inocencia protegido por la Constitución.

Ambos motivos son rechazados por una doble razón, la de que no se precisan los particulares del documento auténtico que muestren el error de hecho de la resolución impugnada, según exige el art. 855 de la L.E.Cr. y la de que las declaraciones de los procesados y el acta del juicio oral no tienen el carácter de documentos auténticos capaces de abrir el camino excepcional de un nuevo juicio sobre los elementos fácticos del proceso. Este razonamiento que se ajusta a una línea jurisprudencial bien conocida cierra el paso en este asunto a toda posibilidad de que el Tribunal Supremo rectifique los errores del juzgador de instancia al que se imputa la lesión de un derecho fundamental.

Consecuencia de tanta gravedad sólo puede ser aceptada si efectivamente la norma procesal no es susceptible de ser interpretada en términos más favorables a la protección eficaz de los derechos, y sin duda sí puede serlo. El tenor literal del art. 849 de la L.E.Cr. apunta, en efecto y sin género de dudas, a aquellos supuestos en los que la existencia o inexistencia de un determinado hecho que el Tribunal sentenciador tuvo por probados resultan negados por un documento auténtico que no se tuvo en cuenta, pero ni implica que la exigencia de que el contenido de ese documento sea irrefutable, pues de otro modo no haría la salvedad de su posible desvirtuación, ni impide incluir entre los errores en la apreciación de las pruebas el que arranca de la inexistencia misma de éstas. No obliga ello a que el Tribunal de Casación haga nueva valoración de las existentes, sino a que constate su existencia, a que se verifique que se ha llevado a cabo «una mínima actividad

probatoria producida con las garantías procesales que de alguna manera pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado», para utilizar la fórmula que emplea la ya citada Sentencia de este Tribunal, de 28 de julio de 1981 («Boletín Oficial del Estado» de 13 de agosto).

La valoración como prueba de lo que legalmente no puede tener carácter de tal es sin duda el mayor error de hecho que en la apreciación de las pruebas cabe imaginar y como tal puede ser aducido para fundamentar el recurso de casación. Por tratarse, sin embargo, de una verdad «negativa», para utilizar el calificativo que el recurrente emplea en su escrito, no puede ser identificada en los mismos términos que las verdades «positivas» referidas a la existencia o inexistencia de un determinado hecho concreto. Respecto de éstas puede exigirse que se precise de manera inequívoca cuál sea el contenido de verdad y cuál sea el documento auténtico que en concreto invalida la certeza de lo que en la Sentencia se tiene por probado. Respecto de aquéllas, por el contrario, sólo cabe requerir que se precise que la presunción de inocencia, que es el punto de arranque obligado de toda causa penal, no ha quedado eliminada por el reconocimiento que el propio inculpado haya hecho de su culpabilidad, ni desvirtuada por la realización de alguna actividad probatoria, cuyos resultados han de ser valorados libremente por el Juzgador de instancia.

La verificación del error alegado sólo puede hacerse mediante el examen de las actuaciones sumariales y de las actas del juicio oral que, efectivamente, si carecen de autenticidad intrínseca o material, pueden considerarse dotadas de autenticidad formal o extrínseca y, en consecuencia, si no pueden ser aducidas para sostener la verdad de las manifestaciones que en ellas se recogen, sí pueden serlo para sostener que se hicieron y sobre todo, y esto es lo decisivo en el caso que aquí nos ocupa, para sostener que no se hicieron las manifestaciones ni se realizaron las actividades que en ellas no se incluyen, o de las que ellas no dan cuenta.

El error que el recurrente señala en su escrito de interposición del recurso de casación como particular «no contradicho por ningún otro

documento» aparece en él referido al único documento formalmente auténtico al que podría referirlo y suficientemente identificado para hacer posible la actividad casacional. En la medida en que la impide basándose en una interpretación del art. 849.2 de la L.E.Cr. tradicional y respetable, pero no ajustada a la Constitución en cuanto que no tiene en cuenta la necesidad de garantizar al máximo el derecho a la presunción de inocencia, el Auto de 27 de enero de 1981, viola el derecho del recurrente (FJ 3 y 4).

Así, el Tribunal Constitucional entiende que la inadmisión de los cargos planteados se fundamenta «en una interpretación del art. 849.2 de la L.E.Cr. tradicional y respetable, pero no ajustada a la Constitución»; razón por la que procede a la anulación del auto del Tribunal Supremo que inadmite el recurso de casación.

También, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que el carácter subsidiario del recurso de amparo implica que deben «actuar en primera línea los jueces y magistrados» que conforman el Poder Judicial «por ser los guardianes naturales y primeros de los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas»¹¹⁹. Finalmente, el legislador español promulgó una reforma a la regulación del recurso de amparo en el año 2007¹²⁰, estableciendo nuevos requisitos para su interposición, reforma que según el Tribunal Constitucional, habría tenido como finalidad reforzar el papel de los tribunales de justicia ordinaria en la protección de los derechos. Así, el Poder Judicial a través de cada uno de sus jueces y magistrados tienen mayor protagonismo en la protección de los derechos, particularmente mediante la ampliación de los mecanismos procesales como es el incidente de nulidad de actuaciones; fijando al Tribunal Constitucional como órgano culminante del sistema constitucional y otorgándole la calidad de «garante ultimo».

¹¹⁹Tribunal Constitucional de España, sentencia 227/1999, de 13 de diciembre.

¹²⁰Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

Desde esta perspectiva, la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional se ha orientado a detener los comportamientos que enervan la eficacia de los mecanismos de tutela judicial de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Así por ejemplo, se ha remitido al interesado a promover un proceso declarativo –el incidente de nulidad de actuaciones¹²¹; se han anulado decisiones proferidas por la justicia ordinaria, al inadmitir de plano el incidente de nulidad, limitándose a referir al justiciable el recurso de amparo¹²²; o, se ha estimado el recurso de amparo únicamente contra la resolución del incidente de nulidad de actuaciones¹²³.

En Honduras, la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala Constitucional en un fallo dictado en el año 2013, al resolver un amparo, ha establecido que la «interpretación del derecho» es tarea propia y peculiar de los tribunales ordinarios. Se ha expresados en dicho fallo:

Que los efectos que imponen tanto el control de constitucionalidad, como el de convencionalidad, suponen que los jueces, y en última instancia la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución y/o los Tratados vigentes, pactos y demás declaraciones internacionales en materia de derechos humanos; b) Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia y de conformidad a lo previsto por nuestra Constitución y la Ley Sobre Justicia Constitucional, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones [...]¹²⁴.

¹²¹ Tribunal Constitucional español, sentencia No. 43/2010, de 26 de julio.

¹²² Tribunal Constitucional español, sentencia No. 107/2011, de 20 de junio.

¹²³ Tribunal Constitucional español, sentencia No.153/2012, de 16 de julio.

¹²⁴ Corte Suprema de Justicia de Honduras, Sala Constitucional, sentencia proceso No. AA-406-13, de 28 de junio.

Y, en el marco del proceso concreto, al otorgar el amparo, concluye declarando:

[...] primer lugar, Que existe una vulneración a los derechos de los ciudadanos, siempre que se límite su inscripción como candidatos a cargos de elección popular [...],

Que en aplicación estricta del principio “Status activae civitatis” y al amparo de la garantía institucional contenida en el artículo 47 de nuestra Constitución, los partidos políticos legalmente constituidos, no pueden, ni podrán ser limitados en cuanto a su libertad de designar como sus candidatos a ciudadanos que hayan ya participado en un proceso interno y no hayan resultado electos, ya sean del mismo partido que los propone o de uno distinto, como candidatos a cargos de elección popular en los comicios generales, toda vez que las renunciaciones y/o vacantes de los cargos a ser ocupados hayan sido legalmente acreditadas ante el Tribunal Supremo Electoral.

SEGUNDO: Declarar inaplicable el contenido del artículo 131 de la Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas, en tanto en cuanto el mismo, es aplicado sin considerar criterios razonables, que atiendan un propósito útil y oportuno que torne necesaria la restricción para satisfacer un interés público imperativo, limitando en consecuencia la garantía institucional con que se inviste a los partidos políticos por el artículo 47 de nuestra Constitución, para garantizar a los ciudadanos de la República el libre ejercicio del derecho tutelado por el artículo 37 numeral primero del mismo texto fundamental [...](Corte Suprema de Justicia de Honduras, Sala Constitucional, sentencia proceso No. AA-406-13, de 28 de junio).

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha proferido dos sentencias que resultan indispensables en esta materia. La Sala Primera de la Alta Corte ha reconocido que los jueces tienen facultad para ejercer un control de constitucionalidad:

La expresión *ex officio* no significa que siempre y sin excepción, los jueces deban hacer obligatoriamente el control de constitucionalidad de los derechos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; dicha expresión significa que ese tipo de control lo pueden hacer por virtud de su cargo de jueces, aun cuando: 1) no sean jueces de control constitucional; y, 2) no exista una solicitud expresa de las partes. En ese sentido, no debe pasarse por alto que el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010 (cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco), determinó que el control a cargo de los jueces del país que no formen parte del control concentrado, debía realizarse incidentalmente durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Así, la expresión *ex officio* que se predica del control judicial significa que los juzgadores tienen la facultad de controlar las normas que van a aplicar de cara a la Constitución y a los tratados internacionales de los que México sea parte, por el simple hecho de ser jueces, pero no que “necesariamente” deban realizar dicho control en todos los casos, en cualquiera de sus tres pasos: 1) interpretación conforme en sentido amplio; 2) interpretación conforme en sentido estricto; y, 3) inaplicación; sino en aquellos en los que incidentalmente sea solicitado por las partes o adviertan que la norma amerita dicho control, sin hacer a un lado los presupuestos formales y materiales de admisibilidad. En ese sentido, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el control *ex officio* no necesariamente debe ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. Lo anterior supone que los jueces, en el ámbito de su competencia, antes de proceder al control *ex officio* en los tres pasos referidos, debieron resolver o despejar cualquier problema relacionado con presupuestos de procedencia o admisibilidad¹²⁵.

¹²⁵Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, Amparo directo en revisión 3200/2012, de 8 de mayo de 2013.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia mexicana ha establecido también que la Constitución, no sólo es parámetro de validez de las normas inferiores sino también determinan un sentido de interpretación:

[...], la supremacía normativa de la Constitución no se manifiesta sólo en su aptitud de servir como parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas, sino también en la exigencia de que tales normas, a la hora de ser aplicadas, se interpreten de acuerdo con los preceptos constitucionales; de forma que, en caso de que existan varias posibilidades de interpretación de la norma en cuestión, se elija aquella que mejor se ajuste a lo dispuesto en la Constitución. En otras palabras, esa supremacía intrínseca no sólo opera en el momento de la creación de las normas inconstitucionales, cuyo contenido ha de ser compatible con la Constitución en el momento de su aprobación, sino que se prologa, ahora como parámetro interpretativo, a la fase de aplicación de esas normas. A su eficacia normativa directa se añade su eficacia como marco de referencia o criterio dominante en la interpretación de las restantes normas. Este principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución, reiteradamente utilizado por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, es una consecuencia elemental de la concepción del ordenamiento como una estructura coherente, como una unidad o contexto. Es importante advertir que esta regla interpretativa opera con carácter previo al juicio de invalidez. Es decir, que antes de considerar a una norma jurídica como constitucionalmente inválida, es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución y que le permita, por tanto, subsistir dentro del ordenamiento; de manera que sólo en el caso de que exista una clara incompatibilidad o una contradicción insalvable entre la norma ordinaria y la Constitución, procedería declararla inconstitucional. En esta lógica, el intérprete debe evitar en la medida de lo posible ese desenlace e interpretar las normas de tal modo que la contradicción no se produzca y la norma pueda salvarse. El juez ha de procurar, siempre que sea posible, huir

del vacío que se produce cuando se niega validez a una norma y, en el caso concreto, de ser posibles varias interpretaciones, debe preferirse aquella que salve la aparente contradicción. La interpretación de las normas conforme a la Constitución se ha fundamentado tradicionalmente en el principio de conservación de ley, que se asienta a su vez en el principio de seguridad jurídica y en la legitimidad democrática del legislador. En el caso de la ley, fruto de la voluntad de los representantes democráticamente elegidos, el principio general de conservación de las normas se ve reforzado por una más intensa presunción de validez. Los tribunales, en el marco de sus competencias, sólo pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando no resulte posible una interpretación conforme con la Constitución. En cualquier caso, las normas son válidas mientras un tribunal no diga lo contrario. Asimismo, hoy en día, el principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución, se ve reforzado por el principio *pro persona*, contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual obliga a maximizar la interpretación conforme en aquellos escenarios en los cuales, dicha interpretación permita la efectividad de los derechos fundamentales de las personas frente al vacío legislativo que puede provocar una declaración de inconstitucionalidad de la norma¹²⁶.

Por su parte, el Tribunal constitucional de Perú, ha expresado que no sólo los jueces ordinarios sino también los órganos administrativos, e incluso quienes ejercen la jurisdicción de árbitros tienen facultad para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley con efectos particulares. En el marco de un proceso de amparo presentado por el Sindicato Único de Trabajadores de Telefonía del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, el Tribunal Constitucional ha declarado que

¹²⁶Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, Amparo directo en revisión 159/2013, de 16 de octubre de 2013.

la Constitución, en tanto es la norma de máxima supremacía, «vincula al Estado y la sociedad en general», en particular señala que los derechos fundamentales producen eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros, determinando que el papel del juez es:

13. La Facultad de controlar la constitucionalidad de las normas con motivo de la resolución de un proceso de amparo constituye un poder-deber por imperativo de lo establecido en el artículo 138°, segundo párrafo de la Constitución. A ello mismo autoriza el artículo 3° de la Ley N.° 23506. El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51° de nuestra norma fundamental¹²⁷.

En el caso concreto, el Tribunal Constitucional encontró que los despidos se habían realizado con fundamento en una norma legal inconstitucional, declarando inaplicable el precepto legal ordenando la reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes; incluso estableció la obligación de la empresa de abstenerse de continuar con los despidos.

En otra sentencia, el Tribunal Constitucional ha establecido que los órganos que imparten “justicia administrativa” tienen facultad de inaplicar normas. En el marco de demanda de amparo contra la Municipalidad de Surquillo, solicitando que se le ordene admitir a trámite sus medios impugnatorios sin la exigencia previa de pago de la tasa conforme el Texto Único de Procedimientos Administrativos expresó:

[...] En primer lugar, se debe recordar que tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales tienen la obligación de

¹²⁷ Tribunal Constitucional de Perú, sentencia Exp. No. 1124-2001-AA/TC, de 11 de julio de 2001. Véase en el mismo sentido, sentencia del Exp. No. 06730-2006-PA/TC, de 11 de junio de 2008.

verificar si los actos de la administración pública, que tienen como sustento una ley, son conformes los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra. Este deber, como es evidente, implica una labor que no solo se realiza en el marco de un proceso de inconstitucionalidad (previsto en el artículo 200.º, inciso 4, de la Constitución), sino también en todo proceso ordinario y constitucional a través del control difuso (artículo 138.º).

6. Este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública. Esta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentran sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.º de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional– sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como «Principio de legalidad», en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que «[l]as autoridades administrativas deben actuar *con respeto a la Constitución*, la ley y al derecho (...)».

De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138.º, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha

potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial¹²⁸.

En el caso concreto, la sentencia determinó que, el establecimiento de una tasa como condición para ejercer el derecho a impugnar la propia decisión de la Administración vulnera no solo el debido proceso (Art. 139.3 CP) sino que, en detrimento del derecho a la defensa, tal imposición incentiva la «*arbitrariedad de los actos de poder*», e incluso afecta el derecho de petición en la dimensión de contradicción de los actos administrativos.

Finalmente, la jurisprudencia del Alto Tribunal peruano ha establecido que la jurisdicción arbitral tiene reconocida la facultad de control difuso de constitucionalidad. En el marco de un amparo interpuesto por la Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. Maria Julia contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, ha determinado

24. Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; *“por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.º (...), más aún si ella misma (artículo 38.º) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla”*.

[...]

¹²⁸ Tribunal Constitucional de Perú, sentencia Exp. No. 3741-2004-AA/TC, de 14 de noviembre de 2005.

El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes¹²⁹.

La aplicación de la Constitución por los jueces ordinarios es una cuestión de suficiente consenso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de República Dominicana. En el recurso de Revisión constitucional de Decisiones Jurisdiccionales interpuesto por Malespín Constructora S.A. contra la Resolución No. 830-2012, dictada por las Salas Reunidas de la Corte Suprema de Justicia que declaró inadmisibles los recursos de casación, el Tribunal Constitucional expuso:

[...] este Tribunal estima conveniente enfatizar lo siguiente:

- a) Que reviste gran importancia que los tribunales no se eximan de correlacionar los principios, reglas, normas y jurisprudencia, en general, con las premisas lógicas de cada fallo, para evitar la vulneración de la garantía constitucional del debido proceso por falta de motivación;
- b) Que para evitar la falta de motivación en sus sentencias, contribuyendo así al afianzamiento de la garantía constitucional de la tutela efectiva al debido proceso, los jueces deben, al momento de exponer las motivaciones, incluir suficientes razonamientos y consideraciones concretas al caso específico objeto de su ponderación; y
- c) Que también deben correlacionar las premisas lógicas y base normativa de cada fallo con los principios, reglas, normas y jurisprudencia pertinentes, de forma que las motivaciones resulten expresas, claras y completas¹³⁰.

¹²⁹ Tribunal Constitucional de Perú, sentencia Exp. No. 00142-2011-PA/TC, de 21 de septiembre de 2011.

¹³⁰ Tribunal Constitucional de República Dominicana, sentencia TC/0009/13, de 11 de febrero.

En otra sentencia, en la que se solicitada la nulidad de una sentencia dictada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, por violación del derecho a la defensa del Estado dominicano, al no ponerse en causa, a pesar de haberse solicitado formalmente, se dijo:

[...] el Tribunal Constitucional considera que, en el presente caso, a título excepcional, en vista de que el inmueble que se pretende partir (el islote Cayo Levantado) pertenece al dominio público, la jurisdicción ordinaria debió responder a la cuestión planteada por la demandada original, en lo concerniente a la naturaleza de dicho inmueble. En ese sentido, al no hacerlo, incurrió en una violación al debido proceso y, en consecuencia, la sentencia recurrida debe ser anulada y devuelto el expediente ante el tribunal que la dictó para que el mismo responda las cuestiones planteadas por dicha parte, conforme a lo previsto en la Constitución y las leyes¹³¹.

En Uruguay, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la aplicación directa de la Constitución se cumple, fundamentalmente, por los jueces ordinarios mediante la interpretación conforme a la Constitución de las leyes. Ha expresado al respecto la Alta Corte:

[...] Y una interpretación sistemática de la disposición legal conduce al mismo resultado, pues la regla impuesta por la Constitución es la limitación de la jornada (art. 54 de la Carta); en tal sentido en la labora interpretativa debe primar los principios constitucionales, ya fuera por razón de jerarquía o como disposiciones programáticas orientadoras que conducen en la duda, a criterios interpretativos de tipo 'in dubio pro', que obedecen a valoraciones jerarquizadas por el constituyente [...]¹³².

¹³¹ Tribunal Constitucional de República Dominicana, sentencia TC/0194/13, de 31 de octubre.

¹³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia No. 3/04.

Es importante destacar que tal pronunciamiento ha sido establecido por una de las Salas de Casación; es decir, la sentencia fue dictada por la Corte Suprema de Justicia en funciones de juez ordinario, más no en calidad de órgano que administra justicia constitucional. Aquí, los jueces ordinarios invocando el principio constitucional de limitación de la jornada laboral, establecieron que los trabajadores arroceros están protegidos por dicha disposición constitucional.

A modo de conclusión:

Lo expuesto hasta aquí, permite sostener que el Estado constitucional es por nuestro tiempo uno de los temas de mayor diversidad y complejidad. Cada Estado proclama sus normas, así como instituye sus mecanismos de garantía. Es preciso también dejar expuesto que un Estado constitucional cristaliza la garantía de los derechos en lo máximo posible a través de la estructura institucional establecida por el mismo constituyente, así como mediante la adopción de una legislación de alta calidad.

Claro que, los derechos y garantías no resultan notables, ni mucho menos relevante en todos los casos; ya que existen casos, donde ni siquiera se haga expresa alusión a los derechos, aunque ello no obste para que se los haga efectivos, pues «[...] los derechos fundamentales no son especialmente valiosos en condiciones normales, en los que prevalece la cooperación o cuando menos la co-existencia social, sino precisamente en los supuestos en los que la paz social esté seriamente amenazada [...]»¹³³. Los derechos toman especial relevancia en situaciones que los hechos lleven a confrontarlos con otros derechos; y, allí precisamente resulta relevante la decisión y conocimiento del Juez, para adoptar las mejores decisiones.

Sobre el Estado recae un deber genérico de protección de los derechos constitucionales –en el caso del Ecuador, así como en otros ordenamientos–

¹³³ La Torre Massimo, “Nueve Críticas a la teoría de los derechos fundamentales de Alexy”, *Argumentación y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, trad. de Carlos Bernal Pulido, 2010, pág. 88.

; y, ello se deriva no solo de planteamientos doctrinarios sino de las propias normas constitucionales, en la mayoría de los países, lo cual debe tomarse en cuenta para determinar el papel del Juez (tanto constitucional como ordinario) en el Estado Constitucional. En términos contemporáneos, la función de administrar justicia que se atribuye a juezas y jueces, ya no puede, ni debe, concebirse como expresión de una cuestión meramente individual; puesto que, a través de sus decisiones los jueces terminan incidiendo en realidades materiales. Justicia efectiva, significa a fin de cuentas, la existencia de mejores sentencias que constituyan referencias sólidas para el futuro, allí precisamente radica la importancia de la labor del juez y la práctica jurisprudencial, que no es otra cosa, sino la adopción de decisiones conforme a la exigencia del derecho en los diferentes casos concretos.

Desde esa perspectiva, el Estado constitucional va más allá de lo que el constituyente haya previsto en la Constitución; pues, a fin de cuentas, la justicia termina involucrando las instituciones jurídicas, los elementos doctrinarios, los planteamientos teóricos y las herramientas interpretativas con las que día a día –especialmente los jueces– toman las decisiones, desde los diferentes ámbitos.

Existe un aspecto adicional: la trascendencia de los casos concretos; oportuno es destacar que la idea inicial de la justicia constitucional era someter a la ley a un control de constitucionalidad, en la mayoría de casos limitado a cuestiones procedimentales que debían observarse para su aprobación pero la situación ha variado significativamente en este último medio siglo, pues el Derecho constitucional y la garantía de los derechos, han tenido un extraordinario desarrollo, que puede advertirse tanto de las normas constitucionales de los diferentes países, como las decisiones que aporta la jurisprudencia de algunos Tribunales Constitucionales y/o Cortes Supremas de Justicia, como máximos órganos que ejercen jurisdicción.

BIBLIOGRAFÍA:

Bibliográfica:

Blanco Valdés, Roberto. La construcción de la libertad, Alianza Editorial, Madrid, 2010.

Diez Picazo Luis. "Constitución, ley y juez", en Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Año 5, No. 15, septiembre/diciembre 1985.

García de Enterría, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial....

Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Los jueces y la política. Poder judicial y democracia, Editorial Taurus, España, trad. de Miguel Ángel Ruiz, 1999.

Fernández Segado, Francisco, La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano, UNAM, México, 2004.

Fix-Zamudio, Héctor y Ramón Cossíos, José. El poder judicial en el ordenamiento mexicano, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

La Torre, Massimo. "Nueve Críticas a la teoría de los derechos fundamentales de Alexy", Argumentación y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, trad. de Carlos Bernal Pulido, 2010.

Jurisprudencia:

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-406/92, de 5 de junio.

sentencia T310/2009, de 30 de abril.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, sentencia No. 00749/2006, de 31 de enero.

Sala Constitucional, sentencia No. 7610 2008, de 6 de mayo.

Sala Constitucional, sentencia No. 08101/2008, de 13 de mayo.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador, sentencia caso Consejo de Guerra verbal vs Irigoyen y otros, de 19 de febrero de 1887.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 001-13-SCN-CC, de 6 de febrero de 2013.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, Amparo directo en revisión 3200/2012, de 8 de mayo de 2013.

Amparo directo en revisión 159/2013, de 16 de octubre de 2013.

Corte Suprema de Justicia de Honduras, Sala Constitucional, sentencia proceso No. AA-406-13, de 28 de junio.

Corte Suprema de Justicia de la República Oriental del Uruguay, Sala de Casación Laboral, sentencia No. 3/04.

Tribunal Constitucional de Andorra, dictamen previ 2000-1-DP, Llei qualificada d'immigració, de 9 de febrero de 2001.

recurs d'empara 2011-34-RE, sentència del 13 de juliol del 2012.

recurs d'empara 2011-36-RE, sentència del 2 d'abril del 2012.

recurs d'empara 2011-36-RE, sentència del 2 d'abril del 2012.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia No. 121/2012,

de 2 de mayo.
Tribunal Constitucional de Chile, rollo No. 567, de 2 de junio de 2010.
sentencia de 8 de abril de 2010.
rollo No. 701-2007.
Tribunal Constitucional de España, sentencia No. 1/1981, de 26 de enero.
sentencia No. 17/1981, de 1 de junio.
sentencia No. 15/1982, de 23 de abril.
sentencia No. 56/1982, de 26 de julio.
sentencia 227/1999, de 13 de diciembre.
sentencia No. 43/2010, de 26 de julio.
sentencia No. 107/2011, de 20 de junio.
sentencia No.153/2012, de 16 de julio.
Tribunal Constitucional de Perú, sentencia Exp. No. 1124-2001-AA/TC, de
11 de julio de 2001.
, sentencia del Exp. No. 06730-2006-PA/TC, de 11 de junio de 2008.
sentencia Exp. No. 3741-2004-AA/TC, de 14 de noviembre de 2005.
sentencia Exp. No. 00142-2011-PA/TC, de 21 de septiembre de 2011.
Tribunal Constitucional de República Dominicana, sentencia TC/0009/13,
de 11 de febrero.
sentencia TC/0194/13, de 31 de octubre.
Normativa:

Constitución del Principado de Andorra, Consell General.

Constitución de la Nación Argentina, publicación de la Dirección de Información parlamentaria de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Constitución Política del Estado de Bolivia. Ley 0, de 07 de febrero de 2009.

Constitución Política de la República Federativa del Brasil, de 1998, publicación de Governo do Estado Sao Paolo, abril 2013.

Constitución Política de la República de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: actualizada a 16/11/2015.

Constitución Política de Colombia de 1991, Centro de Documentación del Consejo Superior de la Judicatura: actualizada a 2010.

Constitución Política de la República de Costa Rica, publicada el 7 de noviembre de 1949.

Constitución de la República de Cuba, publicada en Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria No. 3, de 31 de enero de 2003.

Constitución Política del Ecuador de 1967, publicada en Registro Oficial No. 133, de 25 de mayo de 1967.

Constitución Política del Ecuador de 1998, publicada en el Registro Oficial No. 1, de 11 de agosto de 1998.

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008: actualizada a 2016.

Constitución de la República de El Salvador.

Constitución Española, BOE Núm. 311, de 29 de diciembre de 1978: actualizada a 27 de septiembre de 2011.

Constitución Política de la República de Guatemala: reformada por Acuerdo Legislativo No. 18/93, de 17 de noviembre de 1993.

Constitución Política de la República de Honduras de 1982: actualizada hasta el Decreto 36, del 4 de mayo de 2005.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación de 1917: actualizada hasta el Decreto por el que se reforma el artículo 73, fracción XXI, inciso a): publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 10 de julio de 2015.

Constitución Política de la República de Nicaragua, publicado en La Gaceta, Diario Oficial, de 18 de febrero de 2014.

Constitución Política de la República de Panamá, publicado en la Gaceta Oficial No. 25176, de 15 de noviembre de 2004.

Constitución de la República de Paraguay de 1992: actualizada a 17 de enero de 2002.

Constitución Política de Perú de 1993.

Constitución de la República Dominicana, proclamada el 13 de junio de 2015, publicada en la Gaceta Oficial No. 10805, de 10 de julio de 2015, publicación del Tribunal Constitucional, segunda edición, septiembre de 2015.



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

*Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kosikmanta*

Corte Nacional de Justicia . Av. Amazonas 037 - 101 y Naciones Unidas . 02 3953500
www.cortenacional.gob.ec