

LA JURISDICCIÓN COACTIVA VS. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE UNIDAD JURISDICCIONAL

Ab. Jorge O. Baquerizo Minuche
Lic. Aparicio Caicedo Castillo

SUMARIO:

I.- JURISDICCIÓN Y UNIDAD JURISDICCIONAL: II- Potestad Jurisdiccional. 1.2.- La potestad administrativa resolutoria y ejecutoria de la Administración Pública. 1.3.- El Principio de Independencia del Poder Judicial. 1.4.- El Principio constitucional de Unidad Jurisdiccional y el subprincipio de exclusividad positiva. TI.- LA JURISDICCION COACTIVA: III- Antecedentes. 11.2.- Noción del procedimiento administrativo de ejecución coactiva. 11.3.- El principio de Autotutela Ejecutiva de la Administración Pública. III.- JURISDICCION COACTIVA VS. UNIDAD JURISDICCIONAL: III.1.- Falsa identificación de la coactiva como proceso judicial. 111.2.- Rezago histórico en el concepto de *jurisdicción* coactiva y sus consecuencias. 111.3.- Susceptibilidad de la acción de amparo constitucional. 111.4.- Limitaciones constitucionales: Salida del país y Debido proceso. ÍV.- LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA XXVI DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN: IV.1.- Inconstitucionalidad por omisión. Ubicación dentro del tema. IV.2.- Interpretación judicial y suplencia de la omisión en el caso concreto. IV.3.- Análisis de la Disposición Transitoria Vigésimo Sexta de la Constitución. V.- CONCLUSIONES.

JURISDICCIÓN Y UNIDAD JURISDICCIONAL

El Estado de Derecho, al implicar, fundamentalmente, separación de los poderes del Estado, imperio de la Ley como expresión de la soberanía popular, sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y garantía procesal efectiva de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan un emplazamiento constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la ley, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos'

I.1. Potestad Jurisdiccional.-

Potestad Jurisdiccional es el poder jurídico atribuido con exclusividad a determinados órganos del Estado -denominados jurisdiccionales- para que, en actividad eminente aplicativa del derecho objetivo, juzguen y hagan ejecutar lo juzgado; o, lo que es lo mismo, resuelvan el litigio con sujeción a las normas positivas, definiendo unilateral e imperativamente situaciones jurídicas subjetivas en un caso concreto.

Jurisdicción es sinónimo de potestad jurisdiccional o de *imperium*, investidura que corresponde a sus únicos titulares que no son otros que los órganos del Estado a quienes la Constitución denomina *órganos de la Función Judicial* (Art. 191 C. Pol.). Aclarando que esa pluralidad de órganos que la ejercen, configura un verdadero *Poder Judicial* en cuanto se tornan como sujetos del poder público investidos de la potestad de imperio; por lo que mal puede llamárselos "Función Judicial" cuando esto último es simplemente la actividad que ejercen y a la que se dedican,

Ley Orgánica del Poder Judicial español. Exposición de Motivos, acápite I.

mas no propiamente su esencia subjetiva. Por ello se ha dicho, con razón, que "la potestad jurisdiccional no es lo que el Poder Judicial hace, sino que los órganos judiciales lo son por ejercerla"²

La potestad jurisdiccional se traduce en la sujeción o sometimiento de otros sujetos al ejercicio de aquella, creándoles o imponiéndoles situaciones jurídicas en forma obligatoria, sin requerir de su consentimiento. Claro está, determinando y aplicando el Derecho en su medio de actuación —*el proceso*- en forma imparcial e independiente.

Hemos partido delineando a la Jurisdicción como *potestad* y no como *función*, como algunos lo hacen, pues no puede negarse que ella es pura manifestación de *poder* inherente del Estado, nacido directamente del ordenamiento jurídico. El ejercicio de ese poder es la función, que no es sino un producto de aquél; la potestad jurisdiccional es la causa, la función jurisdiccional es la consecuencia. Son dos conceptos distintos pero que se involucran en una sola fórmula conceptual que sustenta el Poder Judicial en el sistema democrático.

La Potestad Jurisdiccional, así, es un concepto previo al de Poder Judicial: los órganos jurisdiccionales poseen la capacidad constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en tanto en cuanto son *órganos* o instrumentos de manifestación de la voluntad jurídica del Estado como persona.

1.2. La potestad administrativa resolutoria y ejecutoria de la Administración Pública.

La palabra Jurisdicción proviene del latín *juris dicere* (decir el derecho). Sin embargo, no puede decirse que su concepto nazca de esta raíz: como propiamente expresa IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel, "El concepto de jurisdicción no surge de su etimología (*ius dicere*), puesto que al derecho lo *dice* el constituyente y el legislador, y lo *declara* o *aplica* el poder judicial..."

El procesalista colombiano RAMÍREZ ARCILA, Carlos, lo explica: "Al hablar, sin embargo, en la época actual, de la jurisdicción, mal podría

ZAVALA EGAS, Jorge. *1.a Uniaad Jurisdiccional*, en Revista Jurídica UCSG No. 1999-13, Tomo 1, pág. 131. Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 1999.

interpretarse estrictamente en el antiguo sentido de *decir el derecho* pues, como se ha visto, esta era una función que junto con otras que hoy serían incompatibles, correspondía (en Roma) al magistrado supremo cuando la simplicidad del Estado primitivo así lo permitía." "En el presente, las diferentes funciones del Estado no sólo se encuentran repartidas y delimitadas, sino que a los funcionarios a quienes les corresponde la aplicación del derecho no les es permitido, como a los pretores romanos, "decir el derecho" en la forma como éstos lo hacían..."³

En consecuencia, el concepto de jurisdicción implica la potestad de *determinar* el derecho, vale decir, definir y subsumir las normas jurídicas del ordenamiento positivo pertinentes, para aplicarlas a un caso concreto materia de una actuación procesal instaurada y desarrollada conforme a la Constitución y a la Ley.

El ejercicio de la potestad jurisdiccional, en no pocas ocasiones, ha sido entendido también como una de las facultades de la Administración Pública. Prestigiosos autores han reconocido en sus obras la llamada *jurisdicción administrativa especial*, definida como aquella actividad administrativa "por la que un órgano administrativo resuelve controversias entre simples particulares, de manera que la administración actúa en forma análoga a la de un juez" Esta supuesta "jurisdicción" es observada particularmente en la resolución de reclamos y recursos administrativos y en la actividad proveniente de la Autotutela ejecutiva de la Administración, que explicaremos líneas más adelante, y dentro de la que se circunscribe la denominada "jurisdicción coactiva", materia de este ensayo.

Materialmente, tanto la actividad jurisdiccional del Poder Judicial como la potestad administrativa resolutoria y ejecutoria, implican la noción de jurisdicción; en este sentido, exclusivamente, no hay gran diferencia entre ellas dos. En la actividad resolutoria de la Administración (resolución de reclamos o recursos de los administrados), bien puede decirse que existe una gran similitud con la facultad de *juzgar*, pues se determinan las normas jurídicas y se las aplica al caso en concreto; y en la

Fundamentos procesales y pretensiones contencioso — administrativas, pág. 90. Editorial Temis, Bogotá, 1983.

DROMI, José Roberto. *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública*, pág. 82. Editorial Temis, Bogotá, 1980.

actividad ejecutoria (Autotutela ejecutiva) también puede decirse lo mismo respecto de la potestad de *hacer ejecutar lo juzgado*, en tanto se ejecutan las decisiones y resoluciones administrativas *per se*, dadas las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

Así, el autor español DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Luis María, siempre desde la óptica de la semejanza meramente material de las funciones jurisdiccional y administrativa, ha escrito que no puede negarse que "la actividad administrativa, en la medida que define unilateral e imperativamente situaciones jurídicas subjetivas de terceros, también determina *el* derecho o contribuye a su realización en el caso concreto"

Sin embargo, existen graves inconvenientes para identificar a la potestad administrativa como una verdadera *jurisdicción*, en sentido estricto. Los antecedentes históricos de separación de poderes del estado y los principios constitucionales de *independencia judicial* y de *unidad jurisdiccional*, a más de la radical diferencia estructural entre los procesos en que se ejercitan ambas actividades del Estado, impiden una conclusión jurídicamente admisible respecto a la identidad de la facultad resolutoria y ejecutoria de la administración pública con el concepto de potestad jurisdiccional.

Los principios anotados, diferenciadores de la potestad jurisdiccional con cualquier otra facultad pública y, por tanto, excluyentes de éstas, los examinaremos a continuación.

1.3. El Principio de Independencia del Poder Judicial

El artículo 199 de la Constitución Política enuncia:

"Los órganos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. Ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquellos.

Los magistrados y jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aún frente a los demás órganos de la Función Judicial: sólo estarán sometidos a la Constitución y a la ley"

⁵ Régimen constitucional del Poder Juáicial, pág. 23. Editorial CIVITAS, Madrid, 1991.

La norma constitucional introduce al ordenamiento positivo el principio de Independencia del Poder Judicial, indispensable fundamento de éste. Principio que se subdivide y explica en dos aspectos, uno interno y otro externo, pues "no es lo mismo hacer referencia a la autonomía del Poder Judicial frente a los demás poderes del Estado que a la independencia de los órganos judiciales **en el ejercicio de sus funciones**"⁶

La independencia judicial en su visión interna, como enseña el profesor ZAVALA EGAS, Jorge, significa que "la única subordinación de los jueces es a los mandatos de las normas constitutivas del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no existe sobre él autoridad alguna...que pueda influir sobre la función jurisdiccional que desempeñan"

El citado profesor se refiere a la llamada *independencia interna* u orgánica-funcional, que se traduce en la no admisión de injerencia alguna por parte de otro órgano judicial, aun superior, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que el juez hace en cada caso concreto. Este principio positivizado constitucionalmente garantiza la "libertad de conciencia, de juicio, que tiene el juez para resolver la situación procesal llevada a su conocimiento, de acuerdo con las normas legales". En consecuencia, el juez sólo queda sometido, exclusivamente, al imperio de la Ley y no a otra cosa.

Los poderes judiciales son organizaciones que no tienen - o al menos no deberían tener - una estructura de carácter piramidal como la que caracteriza a la generalidad de las instituciones. Como se sabe, el "poder" del Poder Judicial se encuentra diseminado en todos y cada uno de los jueces que lo componen. No se encuentran, como algunas veces creen los magistrados de nuestra Corte Suprema, en la cúspide de la organización, de manera tal que el resto de sus integrantes obraran por delegación de los primeros. Así, un juez de primera instancia posee tanto poder - y por lo tanto es tan autónomo - como un integrante de la segunda instancia o de la Corte Suprema y tal poder no lo recibe de su superior, sino directamente de la Constitución y las leyes.

⁶ ZAVALA EGAS, Jorge. *Curso Analítico de la Constitución Política del Ecuador*, pág. 276. EDINO, Guayaquil, 1996.

idem.

ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. *El Debido Proceso Penal*, pág. 41. EDINO, Guayaquil, 2002.

En nada afecta lo anteriormente dicho la estructura de instancias sobre la que se construye el Poder Judicial, ya que la revisión **de lo obrado** no impide que en nuestro sistema jurídico los jueces fallen conforme a su personal criterio y valoración de los hechos y el derecho. Cada uno de ellos sigue siendo tan libre para apreciar con sus propios criterios los hechos y el derecho aplicable en cada uno de los casos de que conocen. Así, un tribunal de apelación puede cambiar lo fallado por uno de primera instancia, pero no puede "instruirle" a éste cómo debe fallar en un caso determinado. A esto es a lo que se alude bajo la denominación de independencia interna de los jueces, que es tan importante como la externa y tanto o más olvidada en los hechos que ésta.

Consecuencia de ello es que los jueces y tribunales no pueden corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan. Este efecto se impone en virtud del carácter de verdad legal que ostentan las sentencias judiciales, que se presumen legítimas mientras no se las desvirtúe en la forma que legalmente se ha establecido, circunstancia determinable por el principio de seguridad jurídica que nuestra Constitución ha consignado en su Art. 23 número 26.

De igual forma, los jueces o tribunales tampoco pueden dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de la función jurisdiccional, salvo la potestad atribuida por el artículo 197 de la Constitución para que el pleno de la Corte Suprema de Justicia expida normas de carácter obligatorio, dirimientes en caso de fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho.

La facultad de la Corte Suprema de Justicia de interpretar las leyes en casos de duda u oscuridad con efectos obligatorios para los jueces, inserta en el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, carece de eficacia jurídica y no es ya aplicable puesto que le ha sobrevenido una patente inconstitucionalidad, desde la vigencia de la actual Constitución Política de 1998; en efecto, el artículo 141, número 7, de la carta suprema establece una reserva de ley para los casos de reforma, derogación o *interpretación* de leyes, lo que significa que sólo mediante leyes interpretativas pueden aclararse las dudas u oscuridades normativas. Sin em-

bargo, y de hecho, se sigue empleando esta facultad ya extinguida y, por ejemplo, la CSJ ha expedido una resolución *aclarando* — en realidad limitando y restringiendo- ciertos aspectos de la acción de amparo constitucional', lo cual le está vedado, más aun cuando se trata de un instituto constitucional de protección de derechos públicos subjetivos: es un claro ejemplo de lo que precisamente *no es* independencia judicial, hacer extensiva la subordinación de los jueces, no sólo a la Constitución y a la Ley, sino también a las resoluciones que su jerárquico superior dicte para su aplicación obligatoria.

La otra faceta de la independencia del poder judicial es la *independencia externa* u orgánica-institucional, que tiene su origen en la separación de poderes del Estado y en virtud de la cual ningún órgano de los poderes públicos ajenos al Poder Judicial, puede interferir en el *ejercicio* autónomo de la potestad jurisdiccional; principio que, a buen criterio del maestro ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, elimina toda posibilidad de arbitrariedad, abuso o presión de los órganos ajenos al poder judicial que, consecuentemente "desaparecen en beneficio de la seguridad jurídica de los ciudadanos"¹⁹

El principio es claro: si, basados en la independencia interna, ningún órgano del poder judicial puede tener injerencia en las decisiones de los jueces en el ejercicio de su jurisdicción, peor aun podría admitirse la intromisión de otro órgano o institución distinto, miembro de otro poder del Estado. En otras palabras, si la decisión del juez de la causa no admite interferencias dentro de la misma esfera de poder al que pertenece, con más razón se debe negar aquellas que provengan de afuera, es decir, de los otros poderes del estado como el ejecutivo o el legislativo. Esta es la independencia judicial externa.

1.4. El Principio constitucional de Unidad Jurisdiccional y el subprincipio de exclusividad positiva.-

El segundo inciso del artículo 1 de nuestra Constitución expresa que *la soberanía radica en el pueblo y que ésta se ejerce a través de los órganos del*

Resolución sobre la que se ha demandado su flagrante inconstitucionalidad. Transcrita en la Revista Jurídica UCSG No. 2002-15, págs. 87 y siguientes. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2002.

¹⁹ Obra citada, pág. 41

poder público y de los medios democráticos. El poder judicial es poder público y, como expresión derivada de la soberanía, tiene que ser, de igual forma, *unitario e indivisible*. Así lo determina el artículo 191, *jusdem*, al expresar en su primer inciso:

"El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional"

La unidad jurisdiccional significa que no hay dos o más poderes judiciales; sólo hay uno, reconocido por la Constitución, y con potestad y funciones propias y privativas". Es la antítesis de las *jurisdicciones especiales* u otros poderes juzgadores distintos del Poder Judicial, establecidos en regímenes históricamente desaparecidos que no consagraban plenamente la vigencia del principio de igualdad y que se constituyeron para el juzgamiento de sujetos particularizados por privilegios de condición (aristocracia o nobleza). Todos los juzgados y tribunales, en virtud de la unidad jurisdiccional, deben estar integrados en el Poder Judicial y estar dotados de un mismo status para el ejercicio de su respectiva potestad, cualquiera que sea la persona y el derecho material aplicable.

De acuerdo con la insuperable definición *del* profesor ZAVALA EGAS, Jorge, Unidad Jurisdiccional es "el principio aplicable al ejercicio de la potestad jurisdiccional por el cual *le* compete *sólo* a los órganos —jueces y tribunales- judiciales, en su función aplicativa, determinar lo que es Derecho, en caso concreto y en forma irrevocable, esto es, con fuerza de cosa juzgada, a través *del* proceso y dentro del ámbito constitucionalmente demarcado. Es, además, un principio de máximo grado, pues se encuentra como una prescripción constitucional, lo cual implica dos extremos: *es tan inconstitucional que órganos no judiciales pretendan ejercer la potestad jurisdiccional, aun en forma concurrente, como que los órganos judiciales actúen fuera del ejercicio de la potestad jurisdiccional que les ha sido atribuida. El primer extremo es conocido como de exclusividad positiva, el segundo como exclusividad negativa*".¹⁹³

ZAVALA EGAS, Jorge. Curso..., pág. 270.

" Empero, en el Ecuador se mantienen vivas, de hecho, las *jurisdicciones especiales* de la Fuerza Pública, a pesar de que la Disposición Transitoria No. 26 de la Constitución ordena su integración a la Función Judicial para asegurar su carácter unitario.

** *la Unidad Jurisdiccional...*, págs. 137 y 138.

El subprincipio de exclusividad positiva implica la imposibilidad jurídica de investir de *imperium* (potestad jurisdiccional) a órganos ajenos al complejo orgánico y policéntrico del Poder Judicial. Sólo los jueces *juzgan* o, con más precisión, sólo los órganos del Poder Judicial ejercen potestad jurisdiccional. Esto es consecuencia de la concepción del Estado de Derecho y de la división de los poderes públicos; a ellos obedece la necesaria exclusividad del Poder Judicial.

La separación de los poderes del Estado implica la existencia de un poder encargado en forma exclusiva del monopolio de la administración de justicia. Poder que, integrado por órganos independientes e imparciales, tenga la tarea de determinar el derecho objetivo en forma imperativa, siempre dentro de un proceso conducido inexorablemente a su única finalidad preestablecida por la misma carta suprema: "*la realización de la justicia*" (Art. 192).

En consecuencia, la exclusividad positiva de la Unidad Jurisdiccional es derivación mediata de la separación de poderes y derivación inmediata del objeto del Poder Judicial, que no es otro que la realización de la justicia mediante un debido proceso asegurado por el acceso a la *tutela judicial efectiva* (Art. 24 No. 17, Constitución Política)

La Tutela Judicial Efectiva está concebida constitucionalmente como una garantía del debido proceso. Pero, más allá, es un verdadero derecho público subjetivo de directa e inmediata aplicación que tiene toda persona "a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas"" Para esta finalidad, el derecho a la tutela jurisdiccional exige, lógicamente, que el juez que conozca la pretensión sea imparcial, pues no existiría justicia sin independencia e imparcialidad del Juez. Y la imparcialidad no es sino consecuencia de la independencia que hemos estado analizando: para ser imparcial primero hay que ser independiente. Como bien dice ZAFFARONI, Eugenio: "El juez requiere independencia -interna y externa- para ser imparcial, es decir, para poder ser un tercero sobre las partes y, por ende, para ser juez"¹⁵

¹⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Tercera Edición, pág. 33. Editorial CIVITAS, Madrid, 2001.

¹⁵ *Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático*, pág. 21. Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, CU/

En síntesis, la explicación del porqué sólo los órganos del poder judicial pueden ejercer la potestad jurisdiccional (exclusividad positiva) está dada, precisamente, por su naturaleza. Si su objeto es la consecución de la justicia, que se logra solamente mediante la prestación de una tutela judicial efectiva dentro de un proceso debido, es condición necesaria que aquellos órganos sean imparciales y equitativos; y sólo los pertenecientes al Poder Judicial lo son.

JURISDICCIÓN COACTIVA

ÍI.1. Antecedentes. -

En el Ecuador no existe definición legal de la llamada *jurisdicción* coactiva, pues su establecimiento como instituto jurídico, a más de estar disperso en numerosas y cada vez más novedosas y heterogéneas normas del ordenamiento, careció desde su génesis de una real descripción de lo que consiste y de lo que implica y, más aun, de la naturaleza de su procedimiento y del sujeto activo que la ejercita con las limitaciones que el derecho público le impone.

Tradicionalmente se ha concebido a la coactiva como una especie de *jurisdicción* (en el sentido funcional) y, particularmente, *jurisdicción de competencia civil*, idea generalizada en la enseñanza del Derecho Procesal Civil y, consecuentemente, en la práctica forense. Esa confusión se genera en el momento en que el Código de Procedimiento Civil la acoge por vez primera en su redacción, en lo que hoy constituye el Libro Segundo (Del enjuiciamiento civil), Título ÍI (de la sustanciación de los juicios), Sección 3P. (De la jurisdicción coactiva), que inicia a partir del artículo 993 expresando:

Art. 993. - La jurisdicción coactiva tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto se deba al Estado y a las demás instituciones del Sector Público que por Ley tienen esta jurisdicción: al Banco Central del Ecuador u a los bancos del Sistema de Crédito de Fomento, por sus créditos; al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

El citado cuerpo de leyes adjetivas civiles admite en su propio articulado la naturaleza de sus titulares, esto es, el Estado o instituciones del Estado a quienes legalmente se les ha atribuido tal potestad. Sin embargo, establece a la coactiva como una especie de *jurisdicción*; al procedimiento que se efectúa para conseguir sus fines como un *juicio*; y a los funcionarios encargados de la ejecución como *jueces*; circunscribiéndola, además, a un régimen de composición de controversias propio del derecho privado, esto es, el procedimiento civil. Todo **ello en** alarmante apartamiento de su esencia que, siendo desconocida, posibilita interpretaciones erróneas generadoras de significativos contrasentidos, estancamientos y, en los peores casos, negación de garantías constitucionales, lo cual es más lamentable todavía por la forma en que aquellos razonamientos se llegan a tomar como verdades absolutas.

11.2.- Noción de procedimiento coactivo.-

La mal llamada *jurisdicción* coactiva no es otra cosa que la instauración de un procedimiento administrativo de ejecución, que el Estado o las instituciones del Estado ejercitan, atribuidos por Ley, para el cobro de sus créditos insatisfechos. Es una vía en la que aquellos, basados en el ejercicio de su facultad recaudadora, aplican la fuerza coercitiva del aparato estatal mediante un procedimiento meramente administrativo, no jurisdiccional. El apremio que caracteriza a la coactiva tiene por finalidad el pago de lo que se les deba (v. gr., obligaciones tributarias en el caso de las Administraciones Tributarias) y que se consigue aun mediante embargo y remate de bienes de propiedad de los sujetos pasivos, esto es, de los administrados.

En el procedimiento administrativo de ejecución coactiva sólo existen dos partes: el sujeto activo o acreedor de la obligación insatisfecha, constituido siempre por el Estado (órganos) u organismos estatales (personas jurídicas de derecho público) que por lo general integran la Administración Pública; y el sujeto pasivo o deudor del crédito fiscal quien es el coactivado, receptor o destinatario de la acción de cobro.

Ejemplos de sujetos activos que en el país tienen atribuida esta potestad de cobro ejecutivo son, entre otros:

Banco Central del Ecuador (BCE)

- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS)
Corporación Financiera Nacional (CFN)
Agencia de Garantía de Depósitos (AGD)
- Las Administraciones Tributarias, en sus tres tipos: Central (SRI, CAE), Seccional (Municipios, Consejos Provinciales) y de excepción;

Estas últimas se rigen exclusivamente por las normas del Código Tributario, a diferencia de las otras instituciones que se basan, para su accionar, en el Código de Procedimiento Civil y, en pocos casos, en leyes especiales que son simples transcripciones de éste.

Es de gran relevancia el anotar que el sujeto activo del procedimiento coactivo *siempre* es una institución del Estado. No puede serlo una persona jurídica de derecho privado, aun cuando esté bajo control y administración *de* una institución del Estado; ello por cuanto el titular de la acción, en estos casos, es únicamente el administrador a quien la ley le confiere esta facultad. La coactiva es el procedimiento de apremio que por antonomasia se atribuye con exclusividad al Estado u organismos estatales; pero esa misma finalidad de cobro de créditos impagos, no puede ejercerse por personas jurídicas particulares mediante esta acción de derecho público, sino por otras acciones que el derecho privado ya ha previsto, por ejemplo, la acción ejecutiva que trata el CPC.

La aclaración de este aspecto la realizamos por la fácil confusión a que se puede llegar con la existencia de "juzgados de coactivas" de muchas instituciones financieras y bancarias, lo que daría a entender que el procedimiento coactivo es también atribuible a entes privados. No es cierto, pues estando bajo regímenes de *saneamiento* (ya desaparecido), regularización u otros previstos en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, las instituciones financieras pierden, al menos en forma transitoria, la dirección y administración propias. En el típico caso de los bancos en saneamiento, la administración pasa a la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD), esto es, a un organismo estatal de la Administración Pública que se constituye como el centro final de imputación de los actos de su representada y a quien la ley le ha concedido directamente la acción coactiva (Art. 27 de la Ley de Reordenamiento en materia Económica, en el área Tributario y Financiera) que la ejerce por intermedio de su Gerente General, "juez de coactivas".

11.3.- El principio de Autotutela Ejecutiva de la Administración Pública

Esta capacidad especial que tienen algunas instituciones públicas, de ejecutar sus créditos en forma directa sin necesidad de recurrir ante los órganos del poder judicial, es una variante de lo que se conoce en la doctrina del Derecho Administrativo como el sistema de *Autotutela Ejecutiva de la Administración*. Por éste, se faculta a la administración "para el uso directo de su propia coacción sin necesidad de recabar el apoyo de la coacción judicialmente administrada."¹⁶

Los organismos integrantes de las administraciones públicas, como sujetos de derecho, gozan de un privilegio jurídico frente a los particulares, de imponer situaciones jurídicas otorgando derechos o imponiendo obligaciones de forma unilateral, vale decir, sin la necesidad de la aceptación del administrado. Los actos emanados de la Administración gozan de la presunción de legitimidad, por lo cual son vinculantes sin necesidad de declaración judicial (en esto consiste principalmente el principio de *Autotutela Declarativa de la Administración*) y, excepcionalmente, no sólo que son vinculantes sino que la Administración se encuentra facultada para coaccionar o ejecutar de manera forzosa el cumplimiento de la obligación al administrado (Autotutela Ejecutiva).

La Autotutela Ejecutiva de la Administración se fundamenta en la *presunción de ejecutoriedad* que gozan los actos administrativos por reconocimiento expreso de nuestro ordenamiento jurídico (Art. 68 ERJAFE¹⁷) y en cuya virtud se establece la posibilidad que tiene la administración de obtener el cumplimiento de sus decisiones por sí misma, valiéndose de sus propios medios directos o indirectos de coerción. Se materializa en la práctica mediante los llamados *actos de ejecución*.

En la ejecución forzosa de un acto administrativo, éste juega un papel de "título ejecutivo", de modo que la ejecución intenta llevarlo coactivamente a cumplimiento pleno, a través de un procedimiento administrativo. La operación administrativa, así configurada, se podría graficar de la siguiente forma:

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, pág. 512. 10ma. Edición, Editorial Civitas. Madrid, 2000.

¹⁷ I'or sus siglas, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. (Decreto Ejecutivo 2428, R.O. 536: 18-111-2002).

ACTO ADMINISTRATIVO
(presunción de ejecutoriedad - Autotutela Declarativa)

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN
(fundado en el acto administrativo ejecutorio - Autotutela Ejecutiva)

ACTO DE EJECUCIÓN

En los procedimientos administrativos de ejecución coactiva, el acto administrativo ejecutorio es la denominada *orden de cobro* (en materia tributaria, el título *de crédito*), fundamento indispensable para el inicio de la ejecución -lleva implícita la facultad de proceder a su ejercicio (Art. 998 CPC)- y solemnidad sustancial sin la cual todo el procedimiento se viciaría de nulidad (Art. 1018, número 3, *ibídem*). Es acto administrativo porque, siguiendo íntegramente la definición constante en el Art. 65 del ERJAFE, resulta sin dudas una declaración unilateral de la administración pública (sujeto activo del crédito) que, efectuada en ejercicio de una potestad administrativa (facultad de cobro), produce un efecto jurídico individual de forma directa (proposición del mandamiento de pago de la deuda).

El incumplimiento de ese mandamiento de pago que constituye la orden de cobro es el presupuesto necesario para la instauración de la ejecución coactiva mediante procedimiento administrativo que se inicia con el denominado auto de pago. Luego, la operación administrativa aplicada a la coactiva queda configurada en la siguiente forma:

ORDEN DE COBRO
(Acto Administrativo)

PROCEDIMIENTO COACTIVO
(Procedimiento administrativo de ejecución de créditos)

1

AUTO DE PAGO
(acto de ejecución)

Los actos de ejecución de un acto administrativo, expedidos en ejercicio de la Autotutela Ejecutiva, tienen el carácter de *actos decisorios externos* de la administración pública; al fin, clasificados igualmente como actos administrativos cuya principal cualidad es que imponen forzosamente una situación jurídica individualizada, expresando el más característico modo de actuación jurídica de la Administración, su actuación autoritaria o de poder público.

La Autotutela Ejecutiva no es, sin embargo, definitiva. Como pacíficamente lo advierte la doctrina, "el hecho de su aplicación no excluye el eventual conocimiento ulterior de los tribunales (...), conocimiento que puede referirse tanto a la validez del acto que ha juzgado como título ejecutivo como a la validez misma de la ejecución forzosa y a la observancia de sus límites¹⁸. Las acciones en sede judicial supondrían no sólo las excepciones al procedimiento de ejecución sino también las de nulidad del procedimiento incoado e incluso, invocando las normas que aseguran la responsabilidad patrimonial de la administración, la indemnización de perjuicios' por los daños ciertos y determinados que sean consecuencia directa de ese procedimiento (v.gr. medidas cautelares injustificadas) siempre que el administrado — sujeto pasivo no tenga la obligación jurídica de soportarlos.

JURISDICCION COACTIVA VS. UNIDAD JURISDICCIONAL

111.1.- Falsa identificación de la ejecución coactiva como proceso judicial.-

Ya habíamos mencionado líneas antes que en no pocas ocasiones la nominada como actividad jurisdiccional, por los matices que ella toma en ciertos aspectos atinentes a su función, por ejemplo, la actividad resolutoria (de reclamaciones y recursos administrativos), la actividad sancionadora (imposición de multas por infracciones administrativas) y, particularmente,

¹⁹ Los presupuestos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado se encuentran en el Art. 20 de la Constitución y artículos 209 y siguientes del Libro II del ERJAFE (R.O. 733, 27-XII-2002).

la actividad ejecutoria de la Administración, la que hemos explicado ya con el nombre de Autotutela Ejecutiva.

En Ecuador existen incontables normas que denominan a la potestad administrativa de ejecución de créditos como "jurisdicción coactiva". Igualmente, hay numerosos órganos administrativos estatales que, no teniendo pertenencia, dependencia o vinculación con el Poder Judicial, mantienen como distintivo la aparente -pero falsa- calidad de "jueces" y, lo que es peor, con la creencia propia de ser titulares de la magistratura jurisdiccional y de las facultades que ésta conlleva. Este fenómeno, que se debe a la cada vez más compleja actividad administrativa del Estado, ha llevado a que en ciertos casos, esa actividad sea desarrollada por dependencias que toman la forma organizativa de tribunales judiciales, adoptando para sus decisiones un procedimiento similar al de aquellos.²⁰

Explicados los principales principios del Poder Judicial y delineada una idea de la naturaleza de la ejecución coactiva, nos toca ahora tratar las marcadas diferencias de las dos funciones para desmitificar el falso carácter jurisdiccional de esta última.

El profesor ecuatoriano GRANJA GALINDO, Nicolás, ha señalado categóricamente²¹ que "no es dable hablar ni aceptar en la práctica aquello de la jurisdicción administrativa por las siguientes razones: (transcribimos las más importantes)

1. Porque los actos derivados del procedimiento administrativo son esencialmente actos administrativos que escapan de los actos fundamentalmente jurisdiccionales, pertinentes a la jurisdicción, dentro del espíritu consagrado en el Art. 1 del CPC;
2. Que, por lo dicho, la actividad judicial es, pues, privativa de la Función Jurisdiccional, como lo dispone la ley, y de ninguna otra función más, al tenor de lo preceptuado en la Constitución Política del Estado;

ARAZI, Roland. *Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo 1, página 41. Editorial Rubinzal-Cultoni, Buenos Aires, 1999.

²¹ *fundamentos de Derecho Administrativo*, pág. 159 y 160. Ediciones de la Universidad Central del Ecuador. Quito, 1984.

3. Porque el órgano administrativo, que es parte interesada, y se halla sujeto a las órdenes de sus superiores, difícilmente puede ser un juzgador imparcial;
4. (...)
5. Porque, según nos dice también el profesor y tratadista BALLBÉ, los términos de Función Administrativa y de Función Jurisdiccional son ciertamente conceptos recíprocamente excluyentes; lo contrario es una mixtura ex traju ríd ica ;
6. Porque, conforme el espíritu de la supremacía de nuestra misma Constitución Política, diremos que las leyes administrativas no pueden contrariar ni disminuir las atribuciones constitucionales privativas de las Funciones del Estado, especialmente de la jurisdiccional, que es una garantía de los derechos de los ciudadanos."

Los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ han expresado en su clásica obra, en forma rotunda, que en el ejercicio de la Autotutela Ejecutiva no existe potestad administrativa jurisdiccional pues jurisdicción supone neutralidad e independencia en los órganos que la imparten y la Administración Pública no es, en este caso, imparcial. En efecto, la Administración, al intentar el cobro coactivo de créditos que mantenga a favor, protege sus propios derechos e intereses o, excepcionalmente, intereses ajenos pero con igual falta de independencia en el sentido jurisdiccional del concepto .²² Agregan, además, que tampoco hay validez definitiva (fuerza de cosa juzgada) en lo decidido o ejecutado por la administración.

En igual sentido, el profesor DROMI, José Roberto, señala que si bien la actividad administrativa ejecutoria ha hecho creer que la administración es *un juez especial*, en verdad esto no es exacto "pues falta en estos casos la *independencia* del órgano que decide, consustancial con la naturaleza del órgano jurisdiccional" ²³ La verdadera naturaleza de estos órganos los encuadra en el aparato administrativo, sometándose "a las sujeciones y vinculaciones propias de tal status, por lo que sus pronunciamientos siempre podrán ser recurridos ante los verdaderos órganos jurisdiccionales"

Obra citada, páginas 520 y 521.

" Obra citada, página 82.

El procesalista uruguayo VÉSCOVI, Enrique se adhiere al mismo criterio y expresa que la diferencia más clara entre la función jurisdiccional y la administrativa es que ésta "actúa sobre sus propios intereses (o los intereses que se le han confiado ejercer). Y si hay contienda, se trata de un conflicto propio de la administración, en la cual ésta no actúa con la característica imparcialidad de la jurisdicción".'

En el orden tributario podemos encontrar valiosas consideraciones, por analogía, en un punto doctrinariamente superado. Se trata del carácter de los actos de determinación realizados por las administraciones tributarias, para cuya solución la mayoría de autores han concluido que son administrativos y no jurisdiccionales, especialmente por la falta de independencia del órgano administrativo. Así, el insigne maestro de la Universidad de Córdoba, VILLEGAS, Héctor B., enuncia que "lo que interesa principalmente es que la actividad administrativa no *reúne los caracteres objetivos de imparcialidad que son propios de la actividad jurisdiccional*"²⁵

Washington DURANGO, tratando el específico tema del procedimiento de ejecución coactiva, ha dicho, con razón, que "a este procedimiento, que es exclusivamente administrativo, de aplicación de las medidas de fuerza, se denomina Coactiva. (...) A menudo se confunde entre nosotros a este procedimiento administrativo con el ejercicio de un juicio, sin que sea o responda a tal naturaleza" Y agrega el autor: "Juicio es una contienda legal en la que dos o más personas discuten sus derechos, que es resuelta por los jueces. (...) En la coactiva no existe discusión, no existe contienda ni existe Juez que la resuelva; existe únicamente funcionario o empleado ejecutor encargado de aplicar los procedimientos administrativos..."

Las citas antes transcritas apuntan hacia una sola dirección: la actividad de autotutela ejecutiva de la administración pública, dentro de la que se incluye como variante al procedimiento administrativo de ejecución coactiva, no puede ser considerada, en ningún caso, como actividad jurisdiccional; ni los actos emanados de los órganos administrativos encargados

General del Proceso, Segunda Edición actualizada, pág. 103. Editorial TEMIS, Bogotá, 1999.

** *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Tercera edición, pág. 307. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983
Legislación Tributaria Ecuatoriana, Segunda Edición, pág. 309. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1993.

de la ejecución coactiva pueden ser catalogados como sentencias o actos jurisdiccionales, pues son, al fin, actos administrativos recurribles y justiciables. Esta es la conclusión a la que los autores en cita han llegado y a la que nos adherimos sin dificultad por lo siguiente:

Primero, el principio constitucional de Unidad Jurisdiccional (Art. 191 Constitución Política) nos dice que sólo hay un poder judicial, no dos ni tres; y que, en consecuencia, el ejercicio de la potestad jurisdiccional es exclusivo a los órganos del poder judicial, no a otro ajeno a su complejo orgánico. Las instituciones a quienes se confiere la mal llamada "jurisdicción coactiva" no son órganos del poder judicial (Art. 198, *jusdem*), son órganos o instituciones, en su mayoría, integrantes de la Administración Pública.

Segundo, la exclusividad positiva, subprincipio de la Unidad Jurisdiccional, se instituye para el eficaz cumplimiento del objeto del Poder Judicial, esto es, la realización de la Justicia (Art. 192, Constitución) que sólo puede ser llevada a su concreción con el ejercicio de la potestad jurisdiccional (*imperium*) a través de órganos exclusivos e independientes, caracterizados por brindar una tutela judicial efectiva, imparcial, expedita y garantizadora del debido proceso para todos los ciudadanos (Art. 24 No. 17, *ibidem*).

Las instituciones públicas titulares de la acción coactiva no se caracterizan por ser independientes, por el contrario, muchas veces dependen de las decisiones de sus jerárquicos superiores; no son, consecuentemente, imparciales, pues sus procedimientos administrativos están encaminados a la satisfacción de sus créditos impagos y, en general, a la consecución de sus intereses.

Tercero, consecuencia del anterior, al no existir independencia ni imparcialidad en la actividad administrativa de ejecución, no se somete a éste ningún tipo de controversia o litigio. El funcionario administrativo (ejecutor), denominado equívocamente "juez", no conoce ni resuelve pretensiones procesales, simplemente ordena la aplicación de los mecanismos de ejecución en un procedimiento meramente administrativo. En un verdadero juicio, existe el Juez y existen las partes, demandantes y demandados; en un "juicio" coactivo, el "Juez" —quien debe ser independiente y neutral— resulta ser persona interesada en el cobro. La identificación, entre la

administración pretendiente y la función ejecutiva que ejercita excluye cualquier intento de comprender la naturaleza de un proceso jurisdiccional con una misma persona siendo juez y parte.

Cuarto, la esencia del concepto de Jurisdicción implica la determinación del derecho objetivo en forma unilateral e imperativa, en un caso concreto y con efectos *definitivos*. Los actos de ejecución emanados del procedimiento coactivo no tienen efectos de cosa juzgada, por el contrario, son perfectamente impugnables en sede judicial ante los órganos del poder judicial correspondientes (Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo o de lo Fiscal, según la materia); garantía de control de la legalidad de los actos administrativos consagrada en el artículo 196 de la Constitución Política.

Quinto, las instituciones titulares de la ejecución coactiva son entes administrativos cuya forma de exteriorización de su voluntad jurídica está dada, esencialmente, por actos administrativos. Los actos expedidos dentro del procedimiento coactivo son actos de ejecución de un acto administrativo, no existiendo argumento alguno para sostener que aquellos tengan naturaleza jurisdiccional, ni por el fondo ni por la forma.

Todas estas conclusiones derivan de los alcances del principio constitucional de Unidad Jurisdiccional, por cuya virtud son jurídicamente inadmisibles las jurisdicciones especiales. Como bien agregaría el maestro DROMI, "la diversidad y variedad jurisdiccional atenta contra los derechos del individuo" y promueve la "atomización de la justicia ordinaria"²⁷ La solución no está en crear o mantener jurisdicciones especiales sino en mantener cada organismo "en la esfera propia de sus atribuciones, sin intromisiones ni extralimitaciones, siempre perturbadoras y, a la larga, gravemente nociva s"²⁸

La falsa identificación de la coactiva como proceso jurisdiccional queda entonces demostrada. Por fortuna, el proyecto de Ley Orgánica de la Unidad Jurisdiccional, promovido por Projusticia, y cuya redacción contó con el gran aporte del profesor ZAVALA EGAS, Jorge, tanto en su exposición de motivos como en su articulado expresa diáfananamente la verdadera

²⁷ Obra citada, pág. S2.
SOSA WAGNER, cita de Roberto Dromi, Ob. Cit., ídem.

naturaleza jurídica de la coactiva. El proyecto, que a la fecha ya fue objeto del primer debate, señala puntualmente:

"Art. 5. - De la vía coactiva.- No se reconoce la condición de jueces de ninguna especie a los funcionarios que ejerzan la vía coactiva, pues son autoridades con potestad administrativa, otorgada por ley, para la ejecución de créditos."

No podía ser de otra forma, pues, sobre la base de los fundamentos de derecho expuestos, *no existe la jurisdicción coactiva, existen procedimientos administrativos de ejecución coactiva.*

El argumento contrario está dado por la errada inclusión de los "jueces de coactivas" en la categoría de *jueces especiales de jurisdicción legal* expuesta en el artículo 3 de la todavía vigente Ley Orgánica de la Función Judicial'. Así, se podría decir que no se está alterando en lo absoluto la Unidad Jurisdiccional pues la jurisdicción coactiva es, legalmente, parte de la estructura orgánica del Poder Judicial.

Argumento a nuestro criterio insostenible, dada la eficacia preferente de la Constitución Política de la República que, en su Disposición Transitoria Vigésimo Sexta, expresa:

"Vigésima sexta.- Todos los magistrados y jueces que dependen de la Función Ejecutiva pasarán a la Función Judicial y, mientras las leyes no dispongan algo distinto, se someterán a sus propias leyes orgánicas. Esta disposición incluye a los jueces militares, de policía y de menores. Si otros funcionarios públicos tuvieren entre sus facultades la de administrar justicia en determinada materia, la perderán, y se la trasladará a los órganos correspondientes de la Función Judicial. El Consejo Nacional de la Judicatura presentará al Congreso Nacional los proyectos que modifiquen las leyes pertinentes, para que estas disposiciones puedan cumplirse.

La norma suprema transcrita, en concomitancia con el artículo 191, ha consolidado como principio de máximo grado a la Unidad Jurisdiccional. Se deja claro que el Poder Judicial es uno sólo y que, en consecuencia, las jurisdicciones especiales (v. gr. las de la Fuerza Pública, que dependen del

Decreto Supremo 891 (1974). Esta Ley será sustituida por una nueva Ley Orgánica, actualmente en proceso de debate que, por cierto, no prevé la jurisdicción coactiva en su texto.

Poder Ejecutivo) desaparecen al unificarse en aquél. Por otro lado, despoja a terceros extraños que no ejercen potestad jurisdiccional (v. gr. los jueces de coactivas) la calidad de jueces, ubicándolos donde corresponden, en su estructura administrativa.

Los funcionarios que ejercen jurisdicción coactiva se enmarcan en el segundo caso, puesto que no siquiera admitiendo que tengan o que hayan tenido potestad jurisdiccional, jamás configuraron, realmente, un tipo de jurisdicción especial. Nominalmente se llama a su facultad como "jurisdicción", pero efectivamente lo que tienen son simples potestades administrativas, como ya se explicó. Afirmar lo contrario implicaría la existencia ambivalente de los organismos que ejercitan la coactiva, tanto en el poder ejecutivo como en el poder judicial, posición que volvería absurda la separación de los poderes del Estado.

Cuando la norma constitucional expresa que los funcionarios públicos "perderán" la facultad de administración de justicia, debemos interpretar que se refiere a una exclusión radical —no de la potestad jurisdiccional, puesto que no se puede perder algo que jamás se ha tenido— sino de la categoría de órgano del poder judicial y de la denominación "jurisdiccional" de sus facultades, que sólo de nombre tuvieron aquellos.

La conclusión de este punto no es otra que desmentir el carácter jurisdiccional de la jurisdicción coactiva, recogido en la Ley, en virtud de la preferente y obligatoria aplicación de la norma jerárquica superior, esto es, la Constitución Política, fundamentalizadora de todo el Ordenamiento Jurídico y consagrada del principio constitucional de Unidad Jurisdiccional.

111.2.- Rezago histórico en el concepto de *jurisdicción* coactiva y sus consecuencias.-

Los procedimientos de ejecución coactiva son indiscutiblemente administrativos, no judiciales. Esta facultad es aplicativa de conformidad al Código de Procedimiento Civil y si bien es cierto que éste se refiere a la "jurisdicción coactiva", ello es muy comprensible pues no hay que olvidar que nuestra ley adjetiva data de las primeras décadas del siglo pasado",

» La primera edición del actual CPC entró en vigencia el 1 de abril de 1938.

época en la que no estaban bien desarrollados en la legislación ecuatoriana ni la organización, ni los procedimientos, ni los parámetros de las potestades de la Administración Pública, cuya facultad ejecutoria era confundida en aquel entonces con la potestad jurisdiccional.

Es hora de afirmar que la denominación de "jurisdicción coactiva" que trae el CPC ecuatoriano es un rezago histórico que lamentablemente se lo sigue aplicando ultractivamente, generando penosas confusiones en numerosas leyes que adoptan ese término equívoco. Las nefastas consecuencias son, al menos, las siguientes:

Primera. que se estanca el desarrollo normativo del Derecho Administrativo en el país, al seguirse expidiendo leyes que remiten a normas procesales civiles el ejercicio de una función netamente administrativa, confundiendo al derecho público dentro del derecho privado;

Segunda. y consecuencia del anterior, que se impide el avance de la justicia contenciosa administrativa ecuatoriana porque, al tomarse como referencia al CPC, se radica la competencia en el conocimiento de las excepciones a los jueces civiles y no a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, verdaderos órganos juzgadores de las controversias entre la Administración Pública y los administrados; y

Tercera. y la más peligrosa, que se distrae la verdadera naturaleza de la potestad administrativa y se la inmiscuye absurdamente dentro de la función judicial, todo esto con consecuencias eventualmente perjudiciales para los administrados y en flagrante inconstitucionalidad por la no-sujeción al principio de Unidad Jurisdiccional.

Cuarta. derivación de la primera, que la remisión a normas procesales civiles implica, sin lugar a dudas, caras limitaciones al desarrollo de la tutela judicial efectiva en el Ecuador. No es extremo afirmar esto pues la única acción prevista en el CPC para ejercitar los derechos de los administrados en contra de un procedimiento administrativo eventualmente arbitrario, infundado o ilegítimo son las *excepciones* (Art. 1020 CPC). Excepciones que están condicionadas, para su admisión, a una consignación previa de la cantidad pretendida coactivamente por la Administración, sin que se exprese siquiera en algún posterior artículo que la presentación de aquellas suspenda la ejecución incoada.

No se prevé, por otro lado, ninguna otra acción, por ejemplo, la de *nulidad de procedimiento coactivo* que podría tener lugar, aun cuando fenezca el plazo para proponer las excepciones, en los casos de evidente invalidez jurídica del proceso llevado a cabo, v. gr., cuando hubiere omisión de notificar los actos pertinentes. O la *acción directa de prescripción* del crédito, que tendría oportunidad cuando la administración carezca del derecho para cobrarlo o ejecutarlo por no haberlo hecho en cierto lapso?³¹ Peor, alguna acción de indemnización de daños y perjuicios por los daños irrogados a los administrados como consecuencia directa del procedimiento de ejecución, sin que tengan el deber jurídico de soportarlos.

Todo lo cual nos lleva a reflexionar sobre cuán dura será la tarea de encuadrar estas situaciones dentro de los principios de Seguridad Jurídica, garantizando a los ciudadanos el libre ejercicio de las acciones que una verdadera tutela jurisdiccional efectiva les pueda ofrecer, sometiendo a la administración pública al ordenamiento jurídico en garantía de su Libertad.

111.3.- Susceptibilidad de la acción de amparo constitucional.-

El inciso segundo del artículo 95 de la Constitución ha declarado no susceptibles de la pretensión de amparo constitucional a las *decisiones judiciales adoptadas en un proceso*. Dicho artículo excluye, sin lugar a dudas, la posibilidad de impugnar por esta vía las decisiones *judiciales*, esto es, la materia de fondo de los actos procesales decisorios que provengan de un órgano del poder judicial. Es clara la intención del constituyente de excluir la posibilidad de impugnar única y exclusivamente este tipo específico de actos de autoridad pública (decisiones judiciales): se evita *el* abuso de esta acción en procesos judiciales y el entorpecimiento de la administración de justicia, a más de garantizar la independencia del poder judicial (Art. 199 Constitución Política)

Mas, hay una gran confusión conceptual en nuestro medio. Basados en el precepto constitucional anotado, si se demanda un amparo contra un auto de pago de un "juicio coactivo", *aparentemente*, se tendría que inadmitir la acción por improcedente, por ser considerada decisión

³¹ Por fortuna , en materia tributaria, estas dos acciones si se prevén **en** el Código Tributario.

judicial adoptada en un proceso. Aparentemente, decimos, pues la realidad es otra, y ésta se descubre sencillamente al conocer la verdadera naturaleza del procedimiento coactivo, cual es eminentemente administrativa y no judicial.

El auto de pago de un procedimiento coactivo es un acto autoridad pública y, específicamente, un *acto administrativo*. Ello es así, pues sus caracteres están en total armonía con la definición legal de acto administrativo (Art. 65 ERJAFE): Una declaración unilateral (del Juez de Coactivas) efectuada en ejercicio de la función administrativa (potestad de ejecución coactiva) que produce efectos jurídicos individuales de forma directa (nos ordena pagar una deuda bajo apercibimiento de embargo). Las decisiones adoptadas en el procedimiento administrativo de ejecución coactiva no constituyen decisiones judiciales, por tanto, no se insertan en la exclusión constitucional que, respecto al amparo, se ha dispuesto sobre los actos jurisdiccionales. Los actos de la coactiva son actos emitidos por la Administración Pública o, lo que es lo mismo, actos administrativos y, en consecuencia, son perfectamente amparables.

El Tribunal Constitucional ha expedido varios fallos³² que niegan la susceptibilidad del amparo contra procedimientos coactivos, lo que podría ser argumentado en contra de nuestros fundamentos. El sustento del TC para tan equivocada interpretación es, precisamente, la consideración de que los actos emitidos dentro del procedimiento administrativo de ejecución coactiva son *decisiones judiciales adoptadas en un proceso*, lo que constituye un despropósito tremendo, pues, de esta forma, no sólo que se confunde y desnaturaliza la coactiva, sino que se niega injustificadamente la garantía constitucional establecida contra actos administrativos ilegítimos que causen un daño grave a los derechos públicos subjetivos; en otras palabras, se causa un *desamparo* contra el ciudadano afectado, al no concederle al acceso directo e inmediato a la *tutela judicial efectiva* (Art. 24, núm. 17, *ibídem*) y conculcarlo a la indefensión.

En virtud de que artículo 16 de la Constitución Política establece que "*el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos*" y debido a que el segundo inciso del artículo 18 de la misma

³² Caso No. 483-2001-RA, Tercera Sala, R.O. 492, 11-1-2002; y Caso No. 386-2001-RA, Primera Sala, R.O. 493, 14-1-2002

norma fundamental determina que *"en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia"*, no se puede y no se debe hacer extensiva, para el procedimiento administrativo coactivo, la excepción prevista en el inciso segundo del Art. 95 de la Constitución, en perjuicio de las efectividades de las garantías constitucionales. En el caso concreto, no se debe dudar, si fuese necesario, en solicitar al órgano jurisdiccional el apartamiento de criterios con los fallos del TC puesto que éstos no son de aplicación obligatoria y porque los jueces son independientes en el ejercicio de sus atribuciones, respondiendo sólo a la Constitución y a la Ley.

Además de los fallos del TC, existe también la misma negativa en la Resolución de la Corte Suprema de Justicia No. 001, expedida en julio del año 2001, para reglar la acción de amparo constitucional. Esta resolución de carácter general, en su artículo 2 letra c) señala que la acción de amparo no procede y se la rechazará de plano, cuando se interponga respecto de *"las decisiones judiciales adoptadas en un proceso, inclusive las emitidas por órganos de la administración que actualmente ejercen funciones jurisdiccionales Y deban incorporarse a la Función Judicial en virtud del precepto constitucional de la unidad*



Ya habíamos esbozado el carácter de inconstitucional de esta resolución, atentatoria no sólo a las normas supremas sino al principio de Independencia Judicial puesto que los jueces se subordinan a la Constitución y a la Ley, no a instrucciones obligatorias de sus órganos superiores. En efecto, decíamos que es inconstitucional por cuanto la interpretación de las leyes es materia de *reserva de ley*, no teniendo validez alguna ningún acto normativo que no siendo de ese rango, contenga reglas interpretativas.

El contenido del Art. 2 letra c) de la Resolución de la Corte Suprema, es manifiestamente arbitrario puesto que no puede interpretar la Constitución ni tampoco la Ley (que no genera dudas u oscuridad); lo que se traduce en que la Suprema está ejerciendo funciones de legislador positivo que no se le atribuyen constitucionalmente. Por demás esta comentar la tremenda incongruencia de los Ministros de la CSJ al expresar en su resolución que dentro de decisiones judiciales se incluyen las *emitidas por órganos de la administración que actualmente ejercen funciones jurisdiccionales*. Por más que tradicionalmente se haya empleado un término errado para designar la facultad de *ejecución* coactiva, ello no quiere decir que alguna vez los

órganos administrativos tuvieron potestad jurisdiccional. Nunca la tuvieron y nunca la tendrán, lo que importa es la esencia de la potestad y no el nombre con que se la llame.

Al momento de resolver la pretensión de amparo, en estricta observancia del artículo 274 de la Constitución Política, los jueces deben *inaplicar* el precepto jurídico contenido en *el* Artículo 2 letra c) de la Resolución de la Corte Suprema de Justicia No. 001, por ser contrario a las prescripciones constitucionales de los artículos 284, 141 numeral 7, 119 y 18 inciso final de la carta fundamental. Esta inaplicación, con fuerza obligatoria únicamente en la causa en la que se pronuncia, es un deber constitucional de cualquier juez o tribunal y ello deriva de la obligación establecida en el artículo 273, *jusdern*, de aplicar primero las normas de la Constitución antes que las normas secundarias y jerárquicamente subordinadas a ella.

11Í.4.- Limitaciones constitucionales: Salida del país y Debido Proceso.

Como últimas referencias, comentamos sucintamente dos temas que no son sino lógicas conclusiones inferidas de la simple lectura del texto constitucional.

Primero, el artículo 23, número 14 de la Constitución nos garantiza la libertad ambulatoria, esto es, " *el derecho a transitar libremente por el territorio nacional*" y "*la libertad para entrar y salir del Ecuador*". Libertad que tiene sus restricciones en el mismo artículo, al expresarse que "*la prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente, de acuerdo con la ley*"

Los *jueces competentes* son aquellos titulares de los órganos del Poder Judicial a quienes la Ley les haya atribuido la competencia, en razón de la materia, para ordenar esta medida precautoria, en el caso concreto, y sólo después de haber sopesado la conveniencia o inconveniencia de su aplicación en relación con la restricción del derecho constitucional a la libertad de salida del país. No obstante, en forma paladina, los "jueces" de coactivas (funcionarios administrativos, no jueces) ordenan constantemente y sin ninguna justificación" varias medidas cautelares, dentro de

** A partir de la Ley de Reforma Tributaria (2001-41), desaparecieron los supuestos del funcionario ejecutor de las administraciones tributarias para ordenar medidas cautelares; ahora es *discrecional*.

las que, por supuesto, está la prohibición de salida del país, a veces mal denominada "arraigo". Existen casos que rayan en lo patológico: un ejemplo de ello es una notificación masiva (por prensa) de autos de pago, por obligaciones tributarias inferiores a 20 dólares, que la administración municipal local efectuó conjuntamente con la orden de prohibición de ausentarse del país a todos los coactivados. Esta es una clara demostración de la peligrosidad de llamar "jueces" a funcionarios que no lo son.

La disposición de la medida cautelar, consistente en la prohibición de salida del país, ordenada por cualquier funcionario ejecutor de coactivas, es radicalmente nula y debe ser revocada por quien la dictó, de oficio o a petición de parte, por mandato del artículo 272 de la Constitución, al contrastar abiertamente con el artículo 119 *jusdem*.

Lo segundo es el tema del *debido proceso* (que es garantía de la tutela judicial efectiva y no al revés). Podría concluirse, erróneamente, que, excluyendo a los funcionarios de coactivas del Poder Judicial, sus procedimientos no deben sujetarse a las garantías constitucionales del debido proceso tratadas en el artículo 24, esto es, Legalidad, derecho de defensa (No. 10), derecho de información (No. 12), Motivación (No. 13), entre las que se pueden aplicar al caso. Está por demás decirlo, pero esas garantías son aplicables no sólo a los procesos judiciales a cargo de órganos jurisdiccionales, sino también a cualquier otra clase de procedimiento, como el mismo texto lo enuncia en varios numerales. En consecuencia, ellas no pueden ser soslayadas sin perjuicio de que el procedimiento, en el caso de la coactiva, sea meramente administrativo.

IV

LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA XXVI DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

IV.1. Inconstitucionalidad por Omisión. Ubicación dentro del tema.-

Las disposiciones constitucionales, dado su carácter normativo fundamental, son, en principio, directa e inmediatamente aplicables "*por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad*" tal como reza su Art. 18. Además, su aplicación es preferente a la de cualquier otra norma de rango inferior

en virtud del principio de supremacía constitucional (Arts. 272, 273, 274). Pero el carácter de aplicabilidad inmediata no siempre es absoluto por la posible condicionalidad de su eficacia, es decir, por la eventual dependencia de condiciones de aplicabilidad normativa. Según esta circunstancia, la doctrina ha aceptado la división entre normas operativas y normas programáticas; *operativas*, serían todas aquellas que no requieren ninguna condición para ser aplicadas, esto **es**, que no necesitan de una ley que haga este supuesto factible puesto que se aplican *per se*. Las normas *programáticas* son las que tienen sujeta su eficacia jurídica a la condición de ser desarrolladas o reglamentadas mediante la dictación de un acto normativo para tal efecto; en tal sentido estas normas programáticas están dirigidas, generalmente, a los órganos legislativos³⁴

La Disposición Transitoria Vigésima Sexta de nuestra Constitución Política es un ejemplo de lo que la doctrina conoce como *cláusula de operación programática*, es decir, aquella que, para su aplicación, necesita de un desarrollo legal posterior. Su eficacia, supeditada a la reglamentación legal postergada, está dirigida fundamentalmente al legislador, al Congreso, imponiendo a éste el deber de expedir las leyes pertinentes para que la disposición constitucional adquiera aplicabilidad directa y logre su eficacia plena. Obviamente, esta reglamentación no puede surgir instantáneamente, su proceso de formación conlleva un tiempo considerable: los estudios necesarios, la elaboración del proyecto, el trámite parlamentario de aprobación, los posibles vetos por partes del Ejecutivo, en fin, una multiplicidad de factores que posponen en el tiempo la existencia de las leyes necesarias para aplicar el precepto constitucional. Pero este tiempo durante el cual se encuentre suspensa su aplicación debe siempre estar sujeto a un límite o *tiempo razonable*³⁵ que dependerá de la simpleza o complejidad del caso, sin que se prolongue más allá de lo estrictamente necesario.

Mientras este lapso necesario no transcurra; nos encontramos ante una "*situación constitucional imperfecta*" o situación en "*proceso de constitucionalización*"³⁶, lo que quiere decir que la situación se encuentra dentro de un margen de constitucionalidad que aun no se ha perfeccionado; cuando

³⁴ ZAVALA EGAS, Jorge. *Derecho Constitucional*, Tomo 1, página 110. EDINO, Guayaquil, 1999.

³⁵ Así lo ha llamado la jurisprudencia alemana.

³⁶ Término utilizado originalmente por Paulo MODESTO en "*Inconstitucionalidade por omissao*"; citado por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La Inconstitucionalidad Por Omisión ¿Causa de tutela de los derechos de naturaleza socio-económica?*

ese compás de espera se torna exagerado, de manera injustificada, entramos en el terreno de la inconstitucionalidad.

Cuando la Constitución no establece el plazo para expedir la normativa pertinente, la aplicación de los preceptos constitucionales se encuentra sujeta a una condición suspensiva, condición que debe ser levantada por la actividad del legislador. Mientras esto no suceda, dicha disposición constitucional *carecería*, aparentemente, de aplicabilidad.³⁷

Ahora, el caso concreto que nos ocupa es: ¿qué pasa si el legislador incumple su deber de reglamentar la disposición constitucional? En este caso nos encontramos frente a lo que la doctrina generalmente denomina "*inconstitucionalidad por omisión*"³⁸, equivalente de transgresión del orden jurídico por una actitud pasiva de la autoridad responsable que incumple un determinado mandato constitucional de manera injustificable. En el caso que es objeto de nuestro análisis (Disposición Transitoria XXVI) esa infracción está constituida por una omisión antijurídica legislativa en la emisión de la norma legal pertinente que desarrolle el precepto constitucional programático. Su consecuencia es el vicio de inconstitucionalidad, porque no sólo es inconstitucional hacer lo que la Constitución prohíbe sino, también, *no hacer lo que ella prescribe*.

El autor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, conceptualiza a la *inconstitucionalidad por omisión legislativa* como "la falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación" Del concepto aportado podemos observar que la concurrencia de los distintos elementos conceptuales -inacción del poder legislativo, transcurso de un importante período temporal y concreta exigencia constitucional e ineficacia- es imprescindible para la configuración de una situación verdaderamente inconstitucional, que, según el mismo autor en cita, "va más allá de la simple ausencia de normativa que no supondría una agresión a la Ley Fundamental."³⁹

³⁷ BOREA ODRÍA, Alberto. *Evolución De Las Garantías Constitucionales*, 2da. Edición, pág. 302. Editorial Fe de Erratas, Lima, 2000.

SAGÚES, BIDART CAMPOS y otros. *Inconstitucionalidad Por Omisión*, fra. Edición. Editorial TEMIS, Bogotá, 1997.

³⁹ *a jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relativa a la Inconstitucionalidad por Omisión*, ensayo publicado en *Inconstitucionalidad por Omisión*, obra citada ut supra, pagina 123.

El profesor argentino BIDART CAMPOS, Germán, sugiere que los ciudadanos estamos habituados a suponer que la Constitución tiene como eje un conjunto de prohibiciones y de impedimentos que, si se transgreden, originan violación constitucional; pero también hay que descubrir (y a esto estamos menos habituados) que la constitución ordena hacer muchas cosas, y que una flagrante violación acaece "cuando no se hace lo que ella manda, tanto si está claramente establecido, cuándo y en qué tiempo hay que hacerlo, como si implícitamente surge de la naturaleza de la norma que lo que ella manda no admite dilaciones ni dispensas." Un caso típico de señalamiento expreso de tiempo es la Disposición Transitoria XXVII de la Constitución, que dispone el plazo de cuatro años para la implantación del sistema oral de justicia. Por el contrario, el ejemplo claro de la falta de señalamiento del plazo es la Disposición Transitoria Vigésimo Sexta.

El principio de supremacía constitucional es incompatible con la suspensión de la aplicación de los preceptos constitucionales por la inactividad injustificada de los entes estatales que tienen como deber jurídico (obligatorio y exigible) el de brindarles desarrollo normativo a una cláusula de aquella, para lograr su plena aplicación. Sostener lo contrario implicaría desdibujar el principio de supremacía y restar juridicidad a la carta fundamental.' Al decir de BIDART CAMPOS, mantener que ciertas disposiciones constitucionales no son aplicables por falta de reglamentación sería algo así "como si ella hubiera dispuesto que el Parlamento debía proporcionarle las muletas para ponerse en movimiento porque por sí misma la Constitución fuera inerte",⁴²

IV.2. Interpretación judicial y suplencia de la omisión en el caso concreto.-

Es claro que el incumplimiento por parte del legislador de brindarle desarrollo legal a ciertas cláusulas de la Ley Fundamental constituye una actitud pasiva viciada de inconstitucionalidad. Igual de diáfano resulta comprender que cuando esta omisión, prolongada de manera injustificada en el tiempo, genera o permite lesiones a derechos fundamentales en casos concretos, es deber imperativo de los jueces, en

" El *Amparo Constitucional, Perspectiva y Modalidades*, pág. 7. Reimpresión de la ira. Edición, Editorial DePalma, Buenos Aires, 2000.

⁴¹ Art. 18 de la Constitución Política de la República

⁴² SAGÜES, BIDART CAMPOS y otros, Obra citada, Página 2.

aplicación del Art. 18 de la Constitución, suplir el *ocio legislativo* y aplicar directamente la Constitución mediante su labor de interpretación para elaborar una regla particular aplicable únicamente al caso específico que supla la norma legislativa.

Reiterando lo anterior, el profesor BIDART señala: "Quienes por su virtud quisieran, entre tanto, hacer valer derechos reconocidos en las normas programáticas, tropezarían con el resultados de que la norma programática no funcionaría. Y es allí donde, rescatando el principio de supremacía constitucional, entendemos que el órgano de la justicia constitucional está llamado a hacer funcionar la norma programática deparándole la operatividad que no pudo alcanzar por la reglamentación omitida."⁴³

Ahora, cuando entramos en el campo de la suplencia debida por el juez de elaborar una regla particular que derive su contenido de la aplicación directa de la regla general preceptuada en la Constitución, el juez deberá definir el alcance de lo que en doctrina se denomina "contenido esencial" del precepto, que no es más que el criterio informador mínimo de la labor originalmente encargada al legislador. Citamos nuevamente al maestro BIDART CAMPOS para esclarecer aun más el tema: "Por más que haya normas de la Constitución que requieran ser desarrolladas por los órganos del poder constituido, todas poseen lo que en España y Colombia -por ejemplo- se denomina el contenido esencial o mínimo; es este contenido el que, *aún a falta del antes mentado desarrollo, siempre obliga a que se lo haga aplicable*. Y esta obligación recae, como propia del control constitucional, en los órganos de la jurisdicción constitucional, que son los que por la Constitución han recibido la competencia de asegurar su supremacía, su cumplimiento, su funcionamiento y su fuerza normativa."⁴⁴ En nuestro país, lo antedicho tiene plena identidad por mandato del Art. 18 de carta fundamental que impone este deber a los jueces, tribunales y autoridades, quienes se encuentran en la obligación de aplicar directa, inmediata y preferentemente la Constitución.

El grado de dificultad o de eficacia de la labor del juez para subsanar esta omisión constitucional puede variar según la simpleza o complejidad

⁴³ Cita de BOREA ODRÍA. Obra Citada, página 303.
⁴⁴ BIDART CAMPOS y otros; página 9; obra citada.

de la aplicación de la norma constitucional. Al respecto, el constitucionalista argentino Néstor Pedro SAGÜÉS diferencia dos tipos de normas programáticas, las de *instrumentación simple* y las de *instrumentación compleja*. Cuando el juez se encuentre frente a una norma de instrumentación simple, su labor puede dar una solución a un caso concreto mediante la elaboración de una regla particular que recoja el contenido esencial de la disposición incumplida por el legislador en armonía con el resto del ordenamiento jurídico, siempre que haya transcurrido un "tiempo prudente". Cuando el caso se presente frente a una norma programática de instrumentación compleja la labor del juez es generalmente insuficiente, su sentencia sería imposible de cumplir (ejemplo: cuando el problema de implementación es por falta de recursos materiales y técnicos; en este caso algunos autores sostienen que sería procedente una indemnización de carácter pecuniario) 45

Pero también es importante preguntarse ¿cuándo se entiende que ha pasado el *tiempo razonable* dentro del cual el poder público tendría que haber cumplido con su deber de reglamentación? Este es un tema que es motivo de intensa labor doctrinaria y al cual no se ha dado una respuesta unánime. Es difícil establecer con claridad y exactitud cuál es el tiempo prudente dentro del cual la autoridad respectiva, en el presente caso el legislador, debe cumplir con su deber de dictar la reglamentación respectiva; depende de una serie de factores, como los señalados a manera de ejemplo, lo cual debe ser materia de decisión judicial de acuerdo las condiciones del *caso* concreto.

Hay autores que sostienen que la intervención del juez en los casos de omisión legislativa es una intromisión del juez en la actividad del legislador y que no armoniza con la debida discrecionalidad o libertad de conformación que debe regir la actividad parlamentaria en la expedición de leyes. Para defender nuestra posición diremos que esa intervención judicial en concreto no afecta en nada a la actividad legislativa puesto que el sistema de normas sigue intacto; y que la interpretación a que llegue el juez constituye, en estos casos, una necesidad. No debe concebirse con unos rasgos absolutos, como una patente de corso que autorice al juez a actuar a su antojo; antes bien, "debe interpretarse de conformidad con el principio de normatividad de la Constitución y con

Campos y Sagüés apoyan esta posición.

su carácter supremo, que exigen llevar a cabo de forma efectiva el programa constitucional"⁴⁶. Por lo tanto, no es solo una atribución sino una obligación de índole constitucional la aplicación directa de la Constitución y la suplencia del ocio legislativo por parte de los jueces, cuando éstos observen que por causa de aquella omisión ilegítima se está atropellando algún derecho subjetivo.

Por demás está aclarar que dicha resolución que contenga una regla particular derivada directamente de la Constitución debe tener solamente los efectos intersubjetivos propios de las sentencias judiciales.

IV.3. Análisis de la Disposición Transitoria Vigésimo Sexta de la Constitución.-

Lo prescrito en la norma del texto constitucional guarda concordancia con la aplicación del principio de Unidad Jurisdiccional. Como lo señala claramente el profesor ZAVALA EGAS, Jorge: "...debemos estar conscientes que el acceso a la jurisdicción excluye el que se pueda mantener órganos con poder jurisdiccional fuera del Poder Judicial, por ello la norma prescribe la necesidad de la *imparcialidad* de los órganos que preste la tutela requerida. Y ello explica el porqué del mandato constante en el art. 191 de nuestra Constitución que se cumpla el principio de la *unidad jurisdiccional*, lo cual se acompaña en perfecta armonía con la prescripción constante en la Disposición Transitoria Vigésima sexta."

De la explicación dada, queda claro que la intención del constituyente fue la de dotar de eficacia al principio de Unidad Jurisdiccional, dado que la legislación vigente al tiempo de promulgación de la Constitución de 1998 no recogía plenamente dicho principio.

Las garantías del debido proceso, el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de la unidad jurisdiccional como presupuesto básico de su eficaz ejercicio, llevan implícito, con carácter instrumental, el derecho a la creación de los medios institucionales (medios legales y materiales) a través de los cuales dichas garantías se verifiquen en la realidad. Tal creación de medios idóneos ha sido obviamente la finalidad

♦♦ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, obra citada, página 143.

⁴⁶ *Derecho Constitucional*, Tomo I, página 66.

que el constituyente perseguía con la inclusión de la Disposición Transitoria Vigésima Sexta.

La referida cláusula comienza con una disposición muy concreta y es que *"Todos los magistrados y jueces que dependen de la Función Ejecutiva pasarán a la Función Judicial"*. Como lo señala el profesor ZAVALA EGAS, esta disposición lo que busca es que la titularidad y el ejercicio de la potestad jurisdiccional estén monopolizados en manos de los órganos del poder judicial. Esta disposición contiene una orden dirigida al legislador para que elabore y apruebe las normas legales que permitan su desarrollo aplicativo y plena eficacia.

Pero esta disposición no solo se refiere a los órganos de la función ejecutiva que ejerzan funciones propias de la función judicial, sino que amplía su espectro de aplicación a *"los jueces militares, de policía y de menores"* y a *"otros funcionarios públicos"* que tuvieren entre sus facultades la de administrar justicia en determinada materia. La imperatividad de la norma es clara cuando dice, refiriéndose a la capacidad de administrar justicia (potestad jurisdiccional) que ciertas leyes le atribuyen actualmente a una variedad de funcionarios públicos: *"la perderán, y se la trasladará a los órganos correspondientes de la función judicial"*.

Una vez que tenemos claro cuál es la voluntad del constituyente y cómo esta disposición se encuadra dentro del contexto de la carta suprema, en especial con *el* Art. 191, pasaremos a ver cuál ha sido la actitud del legislador ecuatoriano y si se configura o no la referida *inconstitucionalidad por omisión*. Para tal efecto vamos a utilizar el concepto estudiado del profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ para revisar si concurren los elementos necesarios de esta figura:

1. *Inacción del Poder Legislativo.*- El proyecto elaborado por el Consejo Nacional de la Judicatura fue presentado al Congreso el día 2 de agosto de 2001. Hasta la fecha el Congreso Nacional no ha aprobado o debatido el proyecto.
2. *Transcurso de excesivo periodo temporal.*- La Constitución Política de la República del Ecuador fue publicada en el Registro Oficial No. 1, del 11 de agosto de 1998, mediante decreto legislativo s/n, fecha a partir de la cual cobró plena vigencia y desde la que han pasado casi cuatro años.

3. Como señalamos al comienzo, la consideración del tiempo dependerá de una serie de factores tales como los estudios necesarios, la elaboración del proyecto, el trámite legislativo pertinente, posibles vetos del ejecutivo, etc.
4. *Concreta exigencia constitucional.*- La disposición estudiada no puede ser más categórica y clara respecto a la conducta exigida al legislador.
5. *Ineficacia.*- Los cambios exigidos por la norma constitucional únicamente pueden surtir efectos de manera general y permanente en cuanto se expidan las leyes pertinentes. Es decir que mientras el legislador no plasme el principio de la Unidad Jurisdiccional en ordenamiento legal, dicha norma no cobrará plena eficacia.

La conclusión es notoria. Sólo nos queda adherimos a las palabras del profesor peruano Alberto BOREA ODRÍA:

"Es un principio general de derecho, que ha sido incorporado con categoría constitucional, el que los jueces no deben ni pueden dejar de administrar justicia por deficiencia de la Ley. Los vacíos no pueden entenderse como tales en el sistema jurídico, el que es suficiente en sí para resolver los conflictos que se representan. En esta medida, los tribunales deben llenar este ocio legislativo con una resolución aplicable al caso concreto, supletoria de la voluntad legislativa, transitoria y derogable en el momento en que el órgano de poder del Estado encargado de la formulación de la norma, dicte la medida de carácter general. Un Estado de Derecho debe de poder solucionar los casos en los cuales uno de los poderes no cumple con su función; lo contrario sería, como lo dijo Hamilton en *El Federalista*, hace ya doscientos años, aceptar una dictadura congresional."⁴⁸

⁴⁸ Voto en minoría ante la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Habeas Corpus y Amparo de Perú. 3 de diciembre de 1981, Lima.