

La única instancia en el procedimiento contencioso administrativo en el Ecuador

The sole instance in the administrative contentious procedure in Ecuador

Jaime José Cevallos Álvarez

Universidad de Guayaquil

jaime.cevallosa@ug.edu.ec

Resumen: El presente estudio busca generar mediante la implementación de una metodología descriptiva y a través de la recolección y análisis de doctrina y normas jurídicas vigentes en el Ecuador, una propuesta que dé solución jurídica al interior de la normativa vigente en materia contencioso tributario y administrativo en el Ecuador, ante la ausencia de un recurso vertical que permita a las personas, impugnar una decisión judicial por considerar que afecta sus intereses a través de actos u omisión del poder público.

La propuesta planteada en dos líneas de acción, busca el reconocimiento del doble conforme a través de la previsión y reconocimiento del recurso de apelación, dando así solución a un error jurídico presente en estos procesos derivado del contenido mismo de la norma, que a lo largo de la historia del Ecuador, no ha considerado un recurso de impugnación como una garantía prevista por parte del Estado en procesos judicial, es en los que se encuentran vinculados entidades públicas y el administrado en relación con estas.

Palabras claves: Doble conforme, recurso, apelación, doble instancia.

Abstract: The present study seeks to generate, through the implementation of a descriptive methodology and through the collection and analysis of doctrine and legal norms in force in Ecuador, a proposal that provides a legal solution within the current regulations on contentious tax and administrative matters in the Ecuador in the absence of a vertical remedy that allows people to oppose a judicial decision through which their interests may be seriously affected by acts or omissions of public power.

The proposal raised in two lines of action seeks the recognition of the double agreement through the provision and recognition of the appeal, thus giving legal error present in these processes derived from the very content of the rule that throughout the history of Ecuador, has not considered the appeal as a guarantee provided by the State in judicial proceedings in which public entities and the administrator are linked in relation to them.

Keywords: Double compliant, resource, appeal, double instance.

INTRODUCCIÓN

El 20 de octubre de 2008 entró en vigor la actual Constitución de la República del Ecuador, trayendo consigo un avance total en cuanto a derechos se refiere.

En el Estado ecuatoriano, la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Hay que hacer mención que, las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

Al ser la Constitución la norma suprema del país, hay que examinar muy minuciosamente lo que dicta el Art. 76, numeral 7, literal m), que de manera muy clara detalla lo siguiente:

(Asamblea Nacional, 2008) “El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ... Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos...”

Es decir, por orden Constitucional, todos los fallos o resoluciones pueden ser recurridos por la persona que se sienta perjudicada por la decisión emitida por el o los operadores de justicia, en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

Es necesario señalar un aspecto importante; la Constitución Política del Ecuador no establece un límite del derecho a recurrir del fallo, por ende, como se ha mencionado ya varias veces, todos los fallos o resoluciones que emana de funcionarios públicos pueden ser recurridas.

Por lo tanto, en el Ecuador, debería ser pertinente que las sentencias emitidas por los Tribunales Contenciosos Administrativo que funcionan en el territorio ecuatoriano puedan ser apeladas por la persona que se sienta perjudicada por la decisión tomada por los magistrados de ese Tribunal, en reconocimiento de su derecho al debido proceso y al doble conforme que refleje una real tutela judicial expedita, así como el principio de intermediación.

Contexto Histórico y Legal del Derecho Administrativo en el Ecuador

A pesar de sus antecedentes remotos, es posible afirmar que el Derecho Administrativo, como rama jurídica ve su origen tras la Revolución Francesa en el año 1789, cuando surge la necesidad de crear una serie de normas dirigidas a regular la actividad de los funcionarios públicos, y a grandes rasgos es a partir de ahí que comienza la tradición legal del derecho administrativo (Rodríguez, 2005). Así, el maestro Jean Rivero (1980) manifiesta lo siguiente:

La revolución formula los principios de la filosofía política que permanecerán como base de toda elaboración ulterior: la primacía de la ley, la separación de las autoridades administrativas y judiciales, el liberalismo político, la igualdad de los ciudadanos ante la administración, y el liberalismo económico (p. 23).

Por lo tanto, se trata de una idea con toques revolucionarios que al igual que muchas otras vio acogida en los distintos ordenamientos de los países occidentales y del mundo, de entre los cuales el Ecuador no fue la excepción. No obstante, resulta aún más evidente que este vio su concepción con la instauración de las colonias españolas en el continente americano, por lo que el Ecuador heredó la tradición jurídica hispana. A este propósito, es fundamental tener en consideración los antecedentes y el contexto en el cual el ordenamiento jurídico de una nación se desarrolla y de los cuales se inspira, pues auxilia en dar con su *quid*, ya que como todo jurista sabe, el derecho está sometido a innumerables cambios, resultado de las exigencias y circunstancias de cada época.

Por ende, para comprender el motivo por el cual el procedimiento contencioso administrativo ha logrado escapar el principio del doble conforme, es necesario ahondar en los orígenes del derecho administrativo. Pues bien, según se dijo anteriormente, dicha rama del derecho como se lo conoce hoy en día vio su génesis en la Francia revolucionaria. Hasta este gran estallido revolucionario, regía en el hexágono un modelo de gobierno absolutista, cuyo apogeo se dio bajo el reinado de Luis XIV, también conocido como el “Rey Sol”, a quién se le atribuye la conocida frase: “El Estado soy yo”, la cual ejemplifica cómo la autoridad del rey estaba por encima de cualquier orden, incluso el divino, su palabra era la ley. Ahora bien, resulta evidente que el rey no puede gobernar por sí mismo, sino que este se sirve de un aparato colosal, más próximo a los gobernados, capaz de ejecutar sus decisiones, esto es la Administración, ya que “La Administración es una organización de funcionalidad universal” (Santamaría Pastor, 2009, p. 41). Asimismo, la Administración era una extensión del rey, necesaria para el cumplimiento de su mandato, su única función era obedecer las órdenes reales, sin importar los medios empleados, ni normas que aseguraran el sometimiento de su actuación a la legalidad, ya que ello equivaldría a condicionar la realeza. Esta es pues, la esencia del absolutismo, el poder concentrado en una sola figura, la cual ejercía su mandato sobre sus súbditos sin ningún mecanismo de control suficiente para condicionarlo (Granado, 1997).

Tras la revolución se consagra la *Première République*, por lo que el absolutismo ve su fin, instaurándose el Estado de derecho en Francia (Duguit, 1901, p.14). Esto produjo que la

administración pública, que hasta ese momento ejecutaba las decisiones del monarca, pasara a manos de los mandatarios republicanos. Se produce así una búsqueda por “...edificar una administración racional, uniforme y coherente” (Rivero, 1980, p. 23). De esta manera se va consolidando el derecho administrativo, inspirándose en los principios legados por la ilustración, de entre los cuales, y a efectos de esta obra se encuentran los siguientes: el principio de legalidad y el principio de tutela judicial. No obstante, en sus orígenes existían serias dudas acerca de la forma más adecuada de someter la actividad de la administración al control de legalidad. Así, se adoptaron dos modelos de control, el sistema judicialista, el cual atribuye a los jueces y Tribunales la revisión de la legalidad de los actos de la Administración, así como el modelo administrativo, según el cual este control le corresponde a los propios órganos de la Administración (Casagne, 2007), ambos modelos, que están encaminados a un mismo fin han visto acogida en Iberoamérica (Casagne, 2008), habiendo el Ecuador optado por el primero, así lo establece el artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos (2015):

Objeto de la Jurisdicción Contenciosa en el Ecuador

Las jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativo previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder.

Ahora, si bien cada sistema tiene sus beneficios y sus desventajas, la jurisdicción contenciosa administrativa responde a un entendimiento más celoso de la división de poderes entre administrado y administrador, temiendo que la actividad de la administración se desvirtúe, se asegura que esta sea la que efectúe su propio control.

Esta posible pérdida de jerarquía que atemoriza al poder público, se ha convertido en una de las razones más fuertes para que al interior del ordenamiento jurídico ecuatoriano en temas contenciosos no se evidencie la existencia de una segunda instancia en el procedimiento contencioso administrativo, pues todavía existe una dependencia en el modelo jurídico del país, a los vestigios del modelo absolutista que rigió por siglos en las potencias occidentales, a quienes debemos la construcción de nuestros sistemas jurídicos tal y como lo conocemos.

La doble instancia en el Ecuador

Examinar la evolución de la doble instancia a lo largo de la historia es valioso para poder comprender mejor su configuración actual. Pues bien, en la España moderna podían llegar a haber cinco instancias previas antes de que se pudiera predicar la firmeza de una decisión, lo cual convertía la labor de la administración de justicia en una cuestión extremadamente tediosa y complicada. Por esta razón, se consolidó eventualmente el principio del triple conforme, es decir, la causa podía pasar únicamente por dos instancias de apelación antes que la sentencia deviniera firme (Araluce, 1983, p. 50). A su vez, este principio fue suprimido con la aparición en el Derecho francés del principio del *deux degrés de juridiction* (Deho, 2008, p. 3), que fue acogido por el ordenamiento español, siendo posible solamente una instancia de apelación. Por último, en la Constitución del Ecuador de 1830, la primera Carta Magna del país, se hablaba de tres instancias, al decir en su artículo 49 “En ningún juicio habrá más de tres instancias...” Por ende, se heredó de la tradición jurídica española el principio del triple conforme, el cual prevalecería hasta su supresión en el año 1992, cuando se introdujo el recurso extraordinario de casación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, más de 150 años después de que España se deshiciera del mismo. Hoy en día, el Ecuador ha acogido el principio del doble conforme previsto en el artículo 76.7.m, al incluirlo como garantía ligada con el ejercicio del derecho al debido proceso “...Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”, el cual prevalece en la totalidad de los procesos judiciales salvo dos, el proceso contencioso administrativo y el proceso contencioso tributario.

Lo expuesto hasta ahora ha tenido el propósito de exponer cómo la evolución de las instancias es producto de siglos de debate, cuyo único objetivo ha sido la de alcanzar la justicia, así como tratar de responder a las necesidades de cada época, pues en la medida en que la sociedad se torna cada vez más numerosa y consciente de sus garantías y derechos, se vuelve más urgente equilibrar los principios procesales, tales como la celeridad, la inmediación, el debido proceso, y el derecho a la defensa.

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, el Ecuador ha consagrado en su constitución el principio del doble conforme, más aún, ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales reconocen el derecho fundamental a la doble instancia en los procedimientos penales, más no en el resto de las órdenes legales. Como se acaba de evidenciar, estas convenciones han visto necesario elevar a rango de derecho fundamental la doble instancia solamente en un tipo

de procedimientos con el objetivo de cautelar un bien jurídico importante el ser humano y su libertad, lo cual hace surgir dudas acerca del motivo del porque no se ha considerado este principio en otras ramas del derecho en la que también están en riesgo otros derechos fundamentales.

No obstante, es una cuestión con una respuesta obvia. En los procesos penales están en riesgo de forma más intensa e inmediata los derechos y libertades de los procesados, además de ser una potencial arma política en los Estados fallidos para reprimir todo signo de oposición, por ende, se deben de asegurar todos los medios posibles para que los acusados puedan defenderse y amparar sus derechos. Para ello es imprescindible que exista un tribunal superior e independiente que pueda revisar la legalidad de la decisión del tribunal a quo, y por ende cerciorarse que esta haya sido conforme a derecho y que se haya respetado el debido proceso. Ahora bien, de acuerdo con los criterios de interpretación de la CIDH, se debe utilizar el criterio del pro homine, que es una “directriz de preferencia interpretativa” (Sagües, 2016, p. 40), en el sentido de ampliar el derecho al recurso a los otros procedimientos legales, es decir, este derecho no debe restringirse a los procedimientos penales, sino que debería expandirse al resto de materias legales.

Así mismo, la experiencia ha demostrado tanto la utilidad como la necesidad de mantener esta doble instancia en el resto de los procedimientos, pues si bien los tribunales de primera instancia se encuentran en la vanguardia en lo que respecta la defensa de los derechos y de la legalidad, no es imaginable ni poco frecuente que estos lleguen a fallar en su labor, y ello se da por una infinidad de motivos, desde su incompetencia hasta el peor y más vil de los crímenes; la corrupción. Es este el motivo por el cual es primordial fortalecer el poder judicial, asegurando su independencia y su eficacia con jueces de primera instancia competentes y de reconocida honorabilidad, que realicen su trabajo con máximo profesionalismo y en aras de la justicia y de la verdad. Sin embargo, en nuestro país esta es una realidad lejana, lo cual hace aún más necesario conservar un escalón superior donde el ciudadano pueda hacer valer sus derechos e intereses legítimos, esto es, una segunda instancia. Esta es una de las razones más trascendentales por los cuales se ha admitido el principio del doble conforme en el Ecuador, no obstante, como se manifestó anteriormente, este principio no ha sido acogido ni en el procedimiento contencioso tributario, ni en el contencioso administrativo.

El contenido esencial del Derecho a la doble instancia y sus límites

Es menester urdir el núcleo esencial del derecho al doble conforme para poder comprender la problemática, así como para aportar una solución adecuada a la dicotomía que actualmente enfrenta nuestro ordenamiento legal.

Pues bien, La Corte Constitucional en su sentencia No. 012-09-SEP-CC (2009) dictaminó lo siguiente con respecto al contenido esencial de los derechos:

El Contenido esencial consiste en una interpretación dirigida al fundamento y esencia misma de la norma; concretamente, una interpretación teleológica y sistemática aplicada a los derechos fundamentales. Se trata de buscar las formas de compatibilidad que respeten el núcleo central de cada uno de los derechos, solucionando, del modo más ajustado posible, la controversia y evitando que se vea frustrado el ejercicio legítimo de alguno de ellos.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Alberto Oscar Mohammed contra Argentina (2012) resolvió como sigue:

El derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. [...] El derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

Asimismo, Jaume Solé Riera pone en evidencia otro aspecto fundamental del derecho al recurso, al decir: tomar como fundamento de los medios de impugnación la exclusiva referencia al posible error o injusticia de las resoluciones judiciales, plantea con frecuencia el problema de no poder traducir el error a términos objetivos; de ahí que resulte preferible atender a la idea de gravamen como base objetiva que obra a la vez como presupuesto del recurso. En este sentido, una resolución es recurrible fundamentalmente por resultar gravosa para la parte, independientemente de consideraciones subjetivas, como el considerarla errónea o no ajustada a derecho. (1998, p. 580).

Por lo tanto, el fundamento del derecho a recurrir no es únicamente la de corregir los errores en los que pudiera incurrir el juez, pues también en segunda instancia existe la posibilidad que estos se cometan, por ende, su razón de ser radicaría en el perjuicio o gravamen que esta primera sentencia puede causar a la parte afectada. Así manifestado, es cierto que el derecho al recurso busca que se respeten las garantías legales, que pretende enmendar los yerros del juzgador, así como cerciorar el acorde a derecho de las resoluciones, no obstante, también es cierto que todas estas consideraciones encuentran su razón de ser en el gravamen ocasionado a una de las partes. Por ende, atendiendo al contenido esencial de este derecho, es posible caer en cuenta que no se trata de un derecho absoluto, pues en la medida que se dote de un procedimiento en primera instancia donde no exista un gravamen, decae la necesidad o la urgencia de que este sea susceptible de revisión en segunda instancia. Así mismo lo ha observado la propia Corte Constitucional en sus sentencias, así por ejemplo la sentencia No.008-13-SCN-CC, que expresa lo siguiente:

Sin embargo, aun cuando el derecho a un doble pronunciamiento es un derecho constitucional, eso no significa que el legislador deba establecer recursos en todo proceso, incluso en aquellos que por su naturaleza sean innecesarios, pues el derecho a recurrir un fallo no es absoluto [...] El legislador, para garantizar el ejercicio simultáneo y completo de todos los derechos constitucionales, así como el cumplimiento de los deberes y obligaciones de los ciudadanos, tiene la facultad para delimitar el ejercicio consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal m de la Constitución, siempre que con ello no afecte su núcleo esencial [...]

Por otro lado, el principio del doble conforme también choca con otros principios previstos en nuestra Constitución, como son de inmediación, celeridad o economía procesal. Pudiendo llegar a suceder, como en verdad lo hace, que en ocasiones estos últimos gocen de prioridad frente al primero, pues la labor del aparato judicial no consiste simple y llanamente en dar justicia, sino en impartir una que eficaz, pues una justicia tardía o ineficaz no es justicia alguna. Como se le atribuye la frase al mismísimo Seneca “nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía” (s.f). Sin mencionar que resultaría oneroso para el ordenamiento y la sociedad en general que haya una doble instancia prevista para absolutamente todos los supuestos, ya que paralizaría el aparato de justicia del Estado, deviniéndolo inútil, así lo manifiesta la sentencia N. 003-10-SCN-CC de la Corte Constitucional al referirse al derecho al recurso en los juicios de recusación:

[...] Como vemos, no en todas circunstancias este derecho a recurrir las resoluciones judiciales se aplica, sin que ello comporte una vulneración de la normativa constitucional, ya que existen procesos que por su naturaleza excepcional ameritan una tramitación sumaria sin que medien otras instancias para su prosecución [...]

[...] Por otro lado, existe la disyuntiva de si la posibilidad de interponer recursos en estos juicios podría atentar contra el principio de celeridad en la administración de justicia, así como con la tutela judicial efectiva. En cuanto a la celeridad, la posibilidad de interponer recursos en la recusación podría ocasionar dilataciones al proceso y generar que, por ejemplo, en un juicio en donde se encuentren derechos en juego, debido a la interposición de recursos por causas accesorias a la Litis principal, se perjudique a las partes, lo cual puede causar indefensión [...]

Más aún, este es un criterio compartido por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues en el caso Barreto Leiva contra Venezuela (2009) declara que “Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo”. Según lo expuesto con respecto al contenido de este derecho, y a lo expresado por la CIDH, si es posible establecer restricciones y requisitos al ejercicio del derecho al recurso, siempre y cuando no se vaya en contra del núcleo esencial de dicho derecho. Con otras palabras, resulta legítimo limitar el derecho a los recursos toda vez que en primera instancia se otorguen las garantías máximas, y no exista “un gravamen real y efectivo” (Jordán Manrique, 2015, p. 72).

¿Cómo la única instancia administrativa vulnera los derechos del administrado?

El principio del doble conforme no es absoluto al interior del ordenamiento jurídico, sino que puede verse limitado por el mismo contenido de la norma, como en el caso del procedimiento contencioso administrativo, sin embargo con la finalidad de no desnaturalizar la esencia de este principio y su importancia en torno a garantizar derechos de los administrados, sería necesario más halla de existir o no una afectación grave al interés de las partes, que este tipo de procedimiento contencioso sea susceptible de una segunda instancia.

Necesidad que surge de determinar que bajo el principio de auto tutela la Administración está en estrecho contacto con los administrados, hace de todo, desde admisión de los estudiantes

en las universidades públicas, hasta la mismísima expropiación forzosa, por ello ante posibles errores, resulta evidente la necesidad de que estos actos, hechos u omisiones puedan ser revisados judicialmente en un primer momento por el juez a quo y en segundo momento por instancia posterior que compruebe la legalidad y legitimidad de los actos administrativo.

La inexistencia de este recurso vertical pone en riesgo en un sin número de casos el ejercicio y reconocimiento de derechos en los procedimientos contencioso-administrativos violentando los principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico en temas contenciosos. En particular el principio de tutela judicial (Santamaría Pastor, 2009, p. 61), que exige mecanismos de control que aseguren el sometimiento de la Administración al sistema normativo, desde sus dos corrientes una objetiva y una subjetiva (Santamaría Pastor, p. 63). La primera se refiere a la potestad jurisdiccional que tienen los tribunales para enjuiciar los actos administrativos a instancias del interesado, mientras que la segunda, va encaminada al derecho de los administrados a exigir protección frente a los actos de la Administración que sean contrarias al derecho, ambos encapsulados en el artículo 173 de la Constitución, al decir “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”. Pero el fundamento de este principio se vuelve ilusorio sin una segunda instancia que asegure plenamente el sometimiento de la Administración a la ley. Si bien es cierto el administrado, puede reclamar a los tribunales una revisión sobre la legalidad del acto, no es capaz de defenderse adecuadamente frente a una arbitrariedad o una falta al derecho por el tribunal contencioso administrativo, lo que podría resultar en un gravísimo perjuicio para el administrado, por cuanto sus derechos están en peligro al enfrentarse a la colosal Administración, y de ser así, se estaría vaciando de contenido al principio de tutela judicial. Al propósito, no resulta lógico que se pretenda argumentar que para estos casos baste al recurso extraordinario de casación, pues como el nombre mismo lo indica se trata de un recurso extraordinario, cuyo ejercicio cabe únicamente ante criterios taxativos y restrictivos. No es coherente delegarle al máximo órgano judicial el control inmediato de la legalidad de los actos administrativos, más aún cuando existe un mecanismo más próximo, accesible y breve en el ordenamiento jurídico a disposición del interesado en prácticamente todos los órdenes jurisdiccionales, salvo en el contencioso administrativo, por los motivos ya expuestos anteriormente. A este respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia No. 246-12-SEP-CC ha dicho:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Ulloa Vs. Costa Rica*, ha precisado que el recurso de casación en tanto no analiza de forma completa el caso sometido a su conocimiento, sino tan solo la sentencia, no constituye un recurso que permita revisar los errores en que pudo haber incurrido el juez que sustanció la causa en el transcurso del proceso, lo que sí ocurre con el recurso de apelación [...]

Pero además de violentar este principio, la ausencia de una segunda instancia violenta también el derecho a la tutela judicial efectiva, que, si bien comparte su nomenclatura con el anterior, tiene un contenido diferenciado a este. Esto se da porque las partes no están en igualdad de condiciones durante el procedimiento, pues la Administración goza de una serie de privilegios desconocidos para el administrado. En primer lugar, la Administración ostenta normalmente la condición de demandada, que como lo expresa Juan Alfonso Santamaría Pastor, se trata de “Una posición de indudable ventaja..., en la medida en que se tienen muchas más probabilidades de éxito, en términos estadísticos, cuando una persona se halla en posición defensiva” (2009, p. 77). Asimismo, la Administración, representa todo un aparato, compuesto por un conjunto de órganos e individuos a su servicio que hacen posible su funcionamiento. Por el contrario, el administrado es por lo general un individuo o un grupo reducido de individuos, con capacidades más limitadas que la Administración. Por último, los recursos a disposición del administrado únicamente pueden ser ejercidos una vez que la conducta de la Administración ya se haya realizado, por lo que la actuación del administrado se produce única y exclusivamente después de la lesión de sus derechos. Todas estas consideraciones deberían ser tomadas en cuenta al momento de negar la segunda instancia en el procedimiento contencioso administrativo.

Con todo, el contenido esencial del derecho a los recursos es claro, y por ende es legítimo limitarlo, siempre y cuando esta limitación tenga el fundamento de salvaguardar la armonía con el resto de los derechos previstos en la Constitución, como son el derecho a la defensa, la celeridad y la economía procesal. Sin embargo, en los procedimientos contenciosos administrativos, los derechos de los administrados se encuentran en un nivel de riesgo nada desdeñable, por ello resulta imprescindible que exista un recurso en contra la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo, de lo contrario, tanto el derecho a la tutela judicial, y el derecho a la tutela judicial efectiva corren el peligro de verse desvirtuados, causando indefensión al administrado, pues no dispone de mecanismos para reparar el doble agravio que

sufre, el primero por parte de la Administración, y el segundo el Tribunal, quien confirma y prolonga la situación de desamparo.

Algunos argumentos para defender la única instancia

Aparte de lo ya examinado, existen ciertos argumentos esgrimidos para defender la inaplicación del principio del doble conforme en los procedimientos contenciosos administrativos, sobre los cuales trataremos a continuación.

En primer lugar, se suele considerar que la apelación no cabe porque el administrado tiene a su disposición los recursos administrativos: la reposición, la apelación y el recurso extraordinario de revisión, los cuales vendrían a servir a modo de primera instancia. Esta tesis es inaceptable, por cuanto dichos recursos son lo equivalente a rogarle a la administración que cambie de opinión sobre sus propios actos. Más aún, va en contra del principio de división de poderes, así como en contra del sistema judicialista que rige en nuestro país, según el cual les corresponde a los tribunales garantizar la adecuación al derecho de los actos administrativos. Al respecto, ha sido acertada la supresión del requisito de agotar la vía administrativa como supuesto habilitante para interponer el recurso contencioso administrativo, es muestra de que el Ecuador, a pesar de sus falencias en esta área, no es completamente ignorante a las necesidades y garantías de los administrados.

Así mismo, se tiende a pensar que puesto que se trata de un tribunal y no un juez quienes resuelven los procedimientos contenciosos administrativos, se respetarán las garantías del administrado y se velará por la legalidad. Este planteamiento tampoco es admisible, ya que, si bien es posible que en la única instancia se respete la legalidad y el derecho, lo que se busca con la segunda instancia es que exista un mecanismo que cerciore que efectivamente sea así, pues no son pocos los casos en los que el administrado se ve perjudicado por la actuación del tribunal contencioso administrativo. Más aún, existen tribunales que conocen en primera instancia un asunto y sin embargo no se impide el recurso de apelación, como es el caso en los procedimientos penales, y si bien es cierto que en estos procedimientos están en peligro de forma más inmediata e intensa los derechos y libertades de los ciudadanos, también es cierto que la Administración goza de una serie de privilegios, destinados a devenir la Administración más eficiente, pero que pueden llegar a representar un peligro para el administrado. Tal es el caso de la autotutela declarativa y ejecutiva, cuyo fin es noble: agilizar la actividad de la Administración, y por ende maximizar su eficacia. No obstante, este mismo privilegio ha

causado innumerables abusos a los derechos de los administrados, pues a través de esta institución se han inobservado las garantías y normas que regulan la emisión de los actos administrativos.

Por último, se ha esgrimido como contraargumento la sentencia 003-10-SCN-CC, la misma que se mencionó anteriormente para defender el argumento de que el derecho a la doble instancia no es absoluto. Si bien es cierto que esta negó que la ausencia de la segunda instancia en un tipo de procedimientos vulnerara el artículo 76 numeral 7 literal m de la Constitución, resulta evidente a través de una simple lectura, que del razonamiento y fundamentación de la corte esta se refiere a aquellos procedimientos incidentales, ajenos a la decisión sobre derechos y deberes, lo cual no es predicable de los contenciosos administrativos. Así mismo lo expresa la propia Corte Constitucional, al decir:

Los operadores judiciales son seres humanos susceptibles de cometer errores; es por ello que el derecho a recurrir una resolución por parte de las partes procesales es una garantía que configura su derecho constitucional a un proceso justo; empero, la interrogante planteada va más allá y se circunscribe a casos especiales en donde no se está resolviendo la causa principal del litigio, como es un juicio de recusación [...]

Por ende, no se pueden utilizar estos argumentos para limitar la segunda instancia en el contencioso administrativo, puesto que no responden al sistema judicialista que rige en nuestro país, ni toma en cuenta los perjuicios que entrañaría para el administrado una resolución equívoca, así como tampoco son producto de una interpretación correcta de la jurisprudencia constitucional.

CONCLUSIONES

Con todo, el derecho administrativo como lo conocemos existe para poner un freno a la arbitrariedad y posibles abusos en los que puede incurrir la Administración en el cumplimiento de su labor, para lo cual el Ecuador se ha acogido de un sistema judicialista, es decir, los jueces tienen en papel predominante en el control de legalidad de los actos administrativos, siendo el mismo ejercido a través de los procedimientos contencioso-administrativos. Por otro lado, el derecho a la doble instancia ha pasado por un largo recorrido hasta poseer su contenido actual, tratándose de un derecho limitado, cuyo fin es el de evitar el error judicial, pero más aún más trascendental, reparar un agravio real y efectivo sufrido por una de las partes. En este sentido,

resultan acertadas las consideraciones realizadas por Hernán Jordán Manrique, quien expresa lo siguiente:

Es cierto que nada nos garantiza que lo resuelto en segunda instancia tenga mejor calidad que lo resuelto en primera instancia. Sin embargo, igualmente no existe nada que nos asegure que lo resuelto en primera instancia esté exento de vicios o errores; en consecuencia, no se puede satanizar ni pontificar a favor de ninguna de las dos instancias. Lo que sí resulta racional es que la existencia de un espacio procesal de revisión tiene una virtud que, si se quiere, es de sentido común: *reduce la posibilidad del error o de arbitrariedad*.

Ahora bien, como se expuso a lo largo de este trabajo, el derecho administrativo ecuatoriano ha prescindido de la segunda instancia en sus procedimientos, siendo el motivo una incorrecta interpretación de la teoría de la división de poderes, mediante la cual se pretende evitar la intromisión del poder judicial en la labor de la Administración. Ello ha ocasionado que se vean vulnerados tanto el derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho a la tutela judicial, ya que el administrado no dispone de un recurso eficaz para asegurar el ajuste al derecho de la actividad administrativa cuando esta le ha provocado un perjuicio, lo cual se ve agravado por el hecho de que este no se encuentre en paridad con la Administración, puesta esta goza de privilegios que el administrado desconoce.

Siendo esto así, resulta extraño que se haya hecho caso omiso a la propuesta hecha a la Asamblea Nacional el 17 de enero del 2017 que proponía una solución a la problemática que enfrenta hoy en día las materias contencioso-administrativas y tributaria. Dicha proposición tenía por objeto crear jueces de primera instancia en dichas materias, así como mantener los tribunales actuales a modo de tribunales ad quem, propuesta que consideramos adecuada por proporcionar ya una base para resolver esta incongruencia en nuestro ordenamiento. En relación con este punto, existen voces que consideran que la creación de estos jueces de primera instancia vendría a representar un gasto adicional que el Estado debe soportar. Sin embargo, y como la misma Comisión de Justicia y Estructura del Estado lo manifiesta en el informe técnico de dicha propuesta, “... no se puede sacrificar principios elementales del derecho como es la tutela judicial efectiva, el derecho a recurrir fallos y el acceso a la justicia por temas económicos”. Más aún, el artículo 14 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que “El Estado tendrá la obligación de entregar los recursos suficientes para satisfacer las necesidades del servicio judicial que garantice la seguridad jurídica. El incumplimiento de esta disposición será considerado como obstrucción a la administración de justicia”.

Ahora, la propuesta hace referencia a que se puedan interponer recursos ante un órgano superior, sin embargo, no concreta el recurso en cuestión. Pues bien, aunque en sus resoluciones la CDH declaró que “Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida. (...)”, es nuestro parecer que el mismo no debería otro sino el recurso de apelación, previsto en el artículo 256 del COGEP, siendo la razón de esto la misma naturaleza de dicho recurso, pues como Couture menciona “la apelación, o alzada, es el recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior” (2007, pág. 286). Asimismo, el proporcionar el recurso de apelación permite que el administrado pueda tener la posibilidad de acceder a sus tres efectos, como son: el efecto suspensivo, el no suspensivo, y el efecto diferido.

Por todo lo expuesto, es menester realizar las modificaciones pertinentes en los siguientes cuerpos legales:

- En el COGEP, de tal forma que permita la apelación en las materias contencioso tributario y contencioso administrativo.
- En el COFJ, donde se prevea la creación de jueces de primera instancia en las materias ya expresadas, así como delegarle a los tribunales existentes la función de control en segunda instancia.

Referencias Bibliográficas

- Ariano Deho, E. (2008). En la búsqueda de nuestro "modelo"; de apelación civil. *Revista De La Maestría En Derecho Procesal*, 2(1). Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2439>
- Asamblea Nacional (20 de octubre del 2008) Constitución de la República del Ecuador
- Asamblea Nacional (03 de marzo del 2009) Código Orgánico de la Función judicial (COFJ)
- Asamblea Nacional (12 de mayo del 2015) Código Orgánico General de Procesos (COGEP)
- Cassagne, J. C. (2008). El Sistema Judicialista Americano: Sus Raíces Hispánicas. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 8(31), 69–89.
<https://doi.org/10.21056/aec.v8i31.335>
- Casagne, J. C. (2007). El Sistema Judicialista y la Llamada Judicialización de la Actividad de la Administración Pública. *Derecho & Sociedad*, 29, 261–272.
- Congreso Constituyente (11 de septiembre de 1830) Constitución de la República del Ecuador
- Duguit, L. (1901). *L'État, Le Droit Objectif Et La Loi Positive* (Vol. 1). Albert Fontemoing.
- Granado, T. (1997). Absolutism and State Formation in Early Modern Europe. *The University of Texas at Arlington McNair Research Journal*, 1, 76–84.
- Morand-Deviller, J. M. D. (2007). *Cours de Droit Administratif* (10.^a ed.). LGDJ.
- Pastor, S. J. A. (2021). *PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL. Tomo I*. PORTAL DERECHO, S.A. (IUSTEL).
- Rivero, J. R. (1980). *Derecho administrativo* (9.^a ed.). Dalloz.
- SAGÜÉS, N. P. (2016). Grijley. *LA INTERPRETACION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS JURISDICCIONES NACIONAL E INTERNACIONAL*, 2, 37–57.

Salgado, D. C., Olvera, M. A. L., & Ruiz, J. F. (2005). *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz: Derecho administrativo*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Solé Riera, J. (1998). Recurso de apelación. *Revista Peruana de Derecho Procesal N. 2*, 571–584.