



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

"EL AFIANZAMIENTO EXIGIDO EN EL ART. 233,1 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, CONTRAVIENE EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE GRATUIDAD AL ACCESO DE JUSTICIA".

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN
DEL GRADO DE ABOGADO

AUTOR:

ALEXANDER WLADIMIR SÁNCHEZ MONTAÑO

DIRECTOR DE TESIS:

DR. SEBASTIÁN DÍAZ PÁEZ. MG. SC.

LOJA - ECUADOR
2015

CERTIFICACION

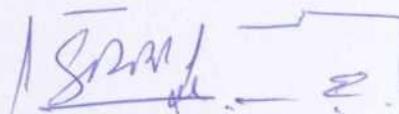
Dr. Sebastian Díaz Paez. Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CERTIFICO:

Que la presente Tesis de Grado previo a optar por el título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, titulada: **"EL AFIANZAMIENTO EXIGIDO EN EL ART. 233,1 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, CONTRAVIENE EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE GRATUIDAD AL ACCESO DE JUSTICIA"**, elaborada por el señor Alexander Wladimir Sánchez Montaña, ha sido desarrollada bajo mi dirección y asesoría, cumpliendo al momento con todos los requisitos exigidos el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad, para el trabajo de su categoría, por lo que autorizo su presentación ante el correspondiente Tribunal de Grado para los fines pertinentes.

Loja, Julio del 2015.



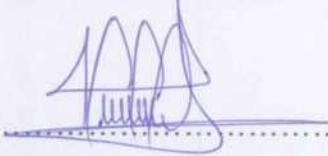
Dr. Sebastian Díaz Paez. Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA

Yo, Alexander Wladimir Sánchez Montaña, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Autor: Alexander Wladimir Sánchez Montaña.

Firma: 

Cédula: No. 1104618317

Fecha: Loja, Julio de 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

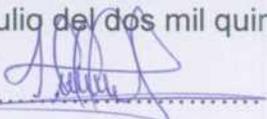
Yo, **Alexander Wladimir Sánchez Montaña**, declaro ser autor de la tesis titulada: "**EL AFIANZAMIENTO EXIGIDO EN EL ART. 233,1 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, CONTRAVIENE EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE GRATUIDAD AL ACCESO DE JUSTICIA**", como requisito para optar al grado de **ABOGADO**; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 31 días del mes de julio del dos mil quince, firma del autor.

Firma:.....



Autor: Alexander Wladimir Sánchez Montaña

Cédula: No. 1104618317

Dirección: Ciudadela: Zamora Huayco. Cantón Loja.

Correo Electrónico: blachito_07@hotmail.com

Teléfono Celular: 0981381484

DATOS COMPLEMENTARIOS.

Director de Tesis: Dr. Sebastian Díaz Paez. Mg. Sc.

Tribunal de Grado:

Presidente: Dr. Ernesto González Pesantez. Mg. Sc.

Vocal: Dr. Miguel Ángel Brito Aguirre.

Vocal: Dr. Carlos Manuel Rodríguez. Mg. Sc.

DEDICATORIA

Al presente trabajo de investigación jurídica, se lo dedico de manera especial:

A la Universidad Nacional de Loja que me acogió en sus aulas durante mi formación profesional.

A mis padres que son mi respaldo y supieron inculcar en mí el ánimo de superación.

En fin a todos quienes hicieron posible el desarrollo del presente trabajo de investigación.

El Autor

AGRADECIMIENTO

Expreso mi gratitud a los catedráticos universitarios que me impartieron sus conocimientos en cada uno de los módulos de la Carrera de Derecho, por haberme brindado su sapiencia profesional, en procura de formarme íntegramente en el conocimiento de las ciencias jurídicas.

De forma especial agradezco al Dr. Sebastian Díaz Paez. Mg. Sc., profesional que demostró su entereza en la Dirección del presente trabajo investigativo, aportando en todo momento para la mejor realización del mismo.

A todas las personas que de una u otra forma me brindaron su aporte para la realización de este trabajo.

El Autor

1. TÍTULO

" EL AFIANZAMIENTO EXIGIDO EN EL ART. 233,1 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, CONTRAVIENE EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE GRATUIDAD AL ACCESO DE JUSTICIA".

2. RESUMEN

Este trabajo investigativo versa sobre: **"El Afianzamiento exigido en el Art. 233,1 del Código Tributario, contraviene el Principio Constitucional de Gratuidad al Acceso de Justicia"**, es de importancia su desarrollo debido a que la constitución de la República del Ecuador garantiza la gratuidad del acceso a la justicia, sin embargo, existen normas de menor jerarquía como el Código Tributario que obliga para seguir un procedimiento contencioso administrativo, la parte reclamante debe cancelar una cuantía del 10 por ciento del impuesto determinado por la Administración Tributaria, conocida como afianzamiento. Esta imposición por parte del Estado en pagar un valor como tasa judicial es absurda pues recordemos las tasas judiciales fue derogada y todo trámite judicial es gratuito, sin embargo como se trata de acciones que van contra instituciones del Estado, crean normas autónomas para beneficiarse con el ingresos de recursos, o a su vez para que desista el actor, de igual manera se beneficiaría el Estado con el abandono de la causa. Siendo necesario que en ningún procedimiento se deba pagar cuantías que perjudique los intereses de los ciudadanos, que al encontrarse con este afianzamiento se ven obligados a dejar a un lado el trámite.

El acopio teórico, jurídico y doctrinario, la aplicación de encuestas y entrevistas, permitió obtener criterios con fundamentos claros y precisos, de bibliografía muy reconocida, que aportaron a la verificación de los objetivos y a la

contrastación de la hipótesis planteada referentes a esta práctica; tanto la Constitución de la República del Ecuador, como las demás leyes tributarias que tipifican el procedimiento a seguir y los principios procesales que deben ser aplicados obligatoriamente por las autoridades, como es el derecho al acceso gratuito de la administración de justicia que nos e cumple en el procedimiento contencioso tributario.

ABSTRACT

This research work deals ". The consolidation required in Article 233.1 of the Tax Code, violates the Constitutional principle of free access to justice", its development is important because the constitution of the Republic of Ecuador guarantees Free access to justice, however, there are rules of a lower rank as the tax code that forces to follow an administrative procedure, the claimant must pay an amount of 10 percent of the tax determined by the tax authorities, known as consolidation . This imposition by the State to pay a value as court fee is absurd then remember court fees was repealed and any judicial procedure is free, however, as are actions that go against State institutions, create autonomous rules to benefit the revenue resources, or turn to desist actor, just as the State would benefit from the abandonment of the cause. It requires that in any proceedings is to pay amounts which affects the interests of citizens, who are to meet this consolidation required to put aside the proceeding.

The theoretical, legal and doctrinal gathering, conducting surveys and interviews yielded widely recognized criteria clear and precise basis of literature, which contributed to the verification of the objectives and the testing of the hypothesis concerning this practice; both the Constitution of the Republic of Ecuador, like other tax laws criminalizing the procedure and procedural principles to be compulsorily implemented by the authorities, such as the right to free access to the justice system and we meet in the tax litigation procedure.

3. INTRODUCCIÓN

Este trabajo es fruto del análisis al régimen contencioso tributario titulado: **"El Afianzamiento exigido en el art. 233,1 del Código Tributario, contraviene el Principio Constitucional de Gratuidad al Acceso de Justicia"**, así mismo el análisis hecho a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; garantizar la eficacia y la supremacía constitucional. Ya analizando el Art. 3 de la citada ley, encuentro normas constitucionales que se interpretan en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución. Es decir, esta ley permite al legislador aplicar métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento. En el numeral uno del citado artículo tipifica las reglas de solución de antinomias. Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente la jerárquicamente superior, la especial o la posterior.

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 1, establece: *el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia*, al respecto debo indicar en el Estado Constitucional de Derecho se revaloriza la dignidad de las personas,

se reconoce la supremacía de la Constitución, asignado un rol activo a los jueces en el despliegue de las potencialidades humanísticas de la Constitución. Por otra parte el Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

Al analizar el Art. 425 de la Constitución de la República consagra el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: *la Constitución*; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; por lo tanto el Código Tributario es una ley orgánica de menor jerarquía que la Constitución. En caso de *conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional*, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

El Art. 429 de la Constitución encontramos que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia; y es considerada la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante. Así mismo se le faculta a la Corte Constitucional declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas,

cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.

Por lo tanto, considero que debe cumplirse lo que la Constitución manda: es así, en el Art. 75, indica toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por el Estado. Esto en armonía con lo dispuesto en el Art. 168 donde determina que la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: numeral cuatro; “El acceso a la administración de justicia será gratuito”. En vista de esta normativa legal la administración de justicia en todas las materias debe ser gratuita; empero, al realizar un estudio minucioso de la disposición legal del Art. 233.1., del Código Tributario, encontramos el “Afianzamiento, señalando que las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse a la Jueza o Juez de lo Contenciosos Tributario con una caución equivalente al 10% de su cuantía; que debe ser depositada en numerario, será entregada a la Administración Tributaria demandada”._Esta norma jurídica inobserva el derecho fundamental

a la gratuidad de la justicia en el Ecuador; a la tutela judicial efectiva, a la igualdad formal y material y a la seguridad jurídica.

La presente tesis se encuentra estructurada de la siguiente manera: Cuenta con una Revisión de Literatura, conformada por un **Marco Conceptual**, lo investigado y consultado he ceñido la investigación en temas como; Derecho al Acceso Gratuito a la Justicia, Tutela Judicial Efectiva, Seguridad Jurídica, Derecho Procesal Tributario, y, el Afianzamiento Tributario; en lo que tiene que ver con el **Marco Doctrinario** lo he desarrollado para afianzar aún más la investigación he realizado el acopio de doctrina sobre temas; Estado Constitucional de Derechos, Supremacía Constitucional, Reglas de Solución de Contradicción de Normas de Mayor y Menor Jerarquía, Finalidad del Afianzamiento Tributario, y, Inconstitucionalidad de Normas. En lo concerniente al **Marco Jurídico**, he prestado atención al estudio de algunos artículos relacionados a la valoración de las pruebas en los juicios orales laborales consagradas en la Constitución de la República del Ecuador, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y, Código Tributario. En el derecho Comparado analizo los Códigos Tributarios de Honduras, Chile y Perú.

Es importante hacer la descripción de los materiales, métodos, procedimientos y técnicas que utilice en el transcurso de la investigación jurídica.

En lo relacionado a los resultados obtenidos en la investigación de campo consta la aplicación de encuestas a treinta profesionales del derecho, basado en un cuestionario de cinco preguntas, fue también imprescindible la aplicación de entrevistas a un número de cinco profesionales del derecho.

Con esta recolección teórica y con los resultados de la investigación de campo desarrolle la Discusión de la problemática, con un análisis reflexivo y crítico, concretándose en argumentos válidos para la verificación de los objetivos planteados y la contrastación de las respectivas hipótesis, para luego proceder a la fundamentación del proyecto de reforma necesaria en el campo tributario. Con todos los argumentos expuestos queda el presente trabajo investigativo a consideración de las autoridades, comunidad universitaria, y del H. Tribunal de Grado, aspirando que el mismo sirva como medio de consulta para los profesionales y estudiantes del Derecho.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Derecho al Acceso Gratuito a la Justicia.

El principio de gratuidad “en la actuación del demandante significa que no es razonable que la disponibilidad de medios económicos se convierta en un impedimento para acceder a la justicia constitucional a través de la activación del correspondiente proceso constitucional”¹.

El principio de gratuidad “en el ámbito judicial se traduce en asegurar, a las personas de escasos recursos, el acceso, el planteamiento y la obtención de un fallo judicial que resuelva sus diferencias dentro de un proceso judicial gratuito”², de modo que a través de la vigencia de este principio “se haría efectiva la tutela procesal efectiva y el principio de socialización del derecho”³.

La principal consecuencia de este principio es el no pago de las tasas para acceder al aparato judicial, es decir, de las costas que se pueden establecer por las disposiciones administrativas del poder judicial. “De otra forma se estaría alentando situaciones de verdadera injusticia y desigualdad material”⁴.

Este principio se encuentra plenamente justificado en el hecho de que es vital que no exista ningún tipo de elemento que obstruya el acceso a los medios de

¹ CASTILLO CORDOVA, Luis. Derecho Procesal Constitucional. Procesos Constitucionales y principios Procesales. Ediciones Legales. IUS ET VERITAS, Editorial. Lima-Perú. 2011. Pág. 116

² CASTILLO CORDOVA, Luis. Ob. Cit. Pág. 116

³ CASTILLO CORDOVA, Luis. Ob. Cit. Pág. 116

⁴ ESPINOSA SALDAÑA, Eloy. Cita a CASTAÑEDA OTSU, Susana y Otros. Introducción a los Procesos Constitucionales. Juristas Editores. Lima –Perú. 2005. Pág. 34.

salvación de los derechos constitucionales o de los medios que tienden a hacer efectivamente vigente el orden constitucional. Y es que este principio contiene un mandato constitucional que exige la remoción de los obstáculos que impiden el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

Para Rogelio Moreno: “el principio a la gratuidad hace referencia del beneficio a litigar sin ningún tipo de desembolso económico”⁵. Este principio se traduce en asegurar a las personas de escasos recursos, el acceso y la obtención de un fallo judicial que resuelva sus diferencias dentro de un proceso judicial gratuito. La asistencia jurídica gratuita, asesoría jurídica gratuita o justicia gratuita, se refiere al servicio prestado por el Estado a los ciudadanos con el objetivo de satisfacer el derecho de éste a tutela judicial y a un proceso con las máximas garantías de igualdad e independencia y respetando el Derecho a la defensa de todo acusado. De esta manera se cubren las necesidades del ciudadano sin recursos económicos, bajo tutela policial o penitenciaria o en un proceso penal de recibir una tutela judicial efectiva.

El tratadista Víctor García, señala: “El principio de gratuidad se sustenta atendiendo no sólo al reconocimiento del nivel de pobreza en el que vive parte de la población nacional, sino que fundamentalmente en razón a la naturaleza y fines específicos de los procesos constitucionales”⁶.

⁵ MORENO RODRÍGUEZ, Víctor. Citado por, GARCÍA TOMA, Víctor. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Arequipa-Perú. 2009. Pág. 52.

⁶ GARCÍA TOMA, Víctor. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Arequipa-Perú. 2009. Pág. 52.

El acceso de la justicia, entonces, puede ser considerado desde tres aspectos diferenciados aunque complementarios entre sí: el acceso propiamente dicho, es decir, la posibilidad de llegar al sistema judicial; la posibilidad de lograr un buen servicio de justicia, es decir, no sólo llegar al sistema sino que éste brinde la posibilidad de lograr un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial; y por último, complementario necesariamente, es el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos y específicamente la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo.

4.1.2. Tutela Judicial Efectiva

“El derecho a la jurisdicción antes del proceso es el derecho a exigir del Estado –monopolizador del servicio de administración de justicia- el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para satisfacer el cometido jurisdiccional ante la eventualidad de una litis concreta”⁷.

El deber estatal es de asegurar tutela jurídica a sus ciudadanos tiene exigencias que son previas al inicio de un proceso en concreto. Así, es imprescindible la existencia de un órgano estatal –autónomo, capaz y objetivo- encargado con exclusividad de la resolución de conflictos.

⁷ RESATTI, Horacio D. El Derecho a la Jurisdicción.

“El derecho a la jurisdicción es un supuesto de la actividad procesal que, en su primera etapa, aparece como previo al proceso, pero que, no agotándose con el acceso al órgano judicial se desenvuelve al hilo del proceso hasta la sentencia firme”⁸

Es deber del Estado contar con pautas reguladoras de la actividad a realizarse al interior de un eventual proceso, es decir, debe proveer con anticipación la vigencia de normas procesales que aseguren un tratamiento social sencillo, didáctico y expeditivo del eventual conflicto que se pueda producir. Igualmente, el Estado debe proveer a la comunidad de una infraestructura adecuada a fin de que el servicio de justicia sea brindado en condiciones satisfactorias, cuando sea requerido.

“El derecho a la tutela jurisdiccional durante el proceso, en cambio, contiene el haz de derechos esenciales que el Estado debe proveer a todo justiciable que participe en un proceso judicial. Este mismo derecho puede desdoblarse – teniendo en cuenta su contenido y momento de su exigibilidad- en derecho al proceso y derecho en el proceso”⁹.

El derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso consiste en aquel derecho que tiene toda persona, en tanto es sujeto de derechos, de exigir al Estado provea a la sociedad de los requisitos o presupuestos materiales y

⁸ BIDART CAMPOS, Germán J. Régimen Legal y Jurisprudencia del Amparo. Buenos Aires. EDIAR. 1969. Pág. 17.

⁹ MONROY GALVEZ, Juan. Teoría General del Proceso. Tercera Edición. Lima 2009. Pág. 456.

jurídicos indispensables para solventar un proceso judicial en condiciones satisfactorias.

Resulta absolutamente irrelevante si esa estructura material y jurídica que debe sostener el Estado va a ser usada o no. Lo trascendente es, única y exclusivamente, que ese andamiaje destinado a solucionar conflictos aplicando el derecho que corresponde al caso concreto debe estar siempre en aptitud de conceder a los ciudadanos la posibilidad de un tratamiento certero, eficaz y homogéneo a su exigencia de justicia.

4.1.3. Seguridad Jurídica

“La seguridad jurídica puede ser definida como la certeza que tienen los ciudadanos no sólo de la existencia de las normas que integran el ordenamiento jurídico sino de la correcta y adecuada aplicación por parte de las autoridades competentes que ejercen jurisdicción; así como también es una garantía que ostenta los ciudadanos respecto a que sus derechos no serán objeto de lesión o transgresión”¹⁰.

El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas procesales previas, claras, públicas y aplicables por los operadores de la justicia.

¹⁰ JARAMILLO HUILCAPU, Verónica. Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2011. Pág. 113.

“La Constitución de la República garantiza la seguridad jurídica, la que debe entenderse como la certeza de todo ciudadano de que los hechos se desarrollarán de una determinada manera en virtud del mandato de las leyes que rigen un país, es decir, produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro. La seguridad jurídica establece ese clima cívico de confianza en el ordenamiento jurídico, fundado en pautas razonables de previsibilidad que este presupuesto supone. La Seguridad Jurídica debe ser garantizada y así lo establece la Constitución de la República”¹¹.

El desarrollo efectivo de las capacidades del ser humano exige un mínimo de seguridad, tranquilidad y certidumbre, que coadyuven al uso y goce eficaz de sus derechos, que no sean obstaculizados por la arbitrariedad no solo de las autoridades, de ahí que la seguridad no se reclama solo del Estado en sus distintas funciones, sino también del sector privado, sea de colectivos o de particulares que pueden amenazar los derechos de las personas, y en este caso se trata no solo de personas individualmente consideradas, sino también de personas jurídicas y aun de entes estatales.

La seguridad jurídica es uno de los derechos más propugnados pero menos desarrollados, y, debe ser entendido como “la exención de peligro o daño; solidez; certeza plena, firme convicción del libre ejercicio de los derechos

¹¹ Sentencia No. 0035-09-SEP-CC. Caso No. 0307-09-EP. Considerando Quinto último párrafo. 09 de Diciembre de 2009. R.O. Suplemento #117 del 27 de enero del 2010.

públicos y privados fundamentales”¹², por consiguiente el aludido derecho representa también una garantía de aplicación objetiva de las normas constitucionales y de todo el sistema jurídico, así los ciudadanos, saben exactamente cuáles son sus derechos, cargas u obligaciones; esto no quiere decir que, a través de la seguridad jurídica se menoscabe el principio de independencia de los jueces sino que los obliga a que administren justicia y resuelvan las controversias.

La seguridad constituye un conjunto de condiciones, de medios y procedimientos jurídicos eficaces, que permiten desarrollar la personalidad de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos sin miedos, incertidumbres, amenaza, daños o riesgos, lo cual crea un ambiente de previsibilidad, no solo sobre el comportamiento ajeno, sino del comportamiento propio, y provoca protección frente a la arbitrariedad y a la vulneración del orden jurídico, provocadas no solo por el Estado, sino también por particulares.

“La seguridad jurídica es uno de los resultados de la certeza que otorga el cumplimiento de las formalidades jurídicas en el tiempo y a lo largo del proceso, siempre y cuando dichas formalidades sean justas y provoquen desenlaces justos y cuya inobservancia sea la razón y esencia misma de una sentencia, pues lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, irrita o fraudulenta. En este contexto, el principio de seguridad jurídica va de la mano

¹² SALAME FARJAT, Silvia. Protección de los Derechos Fundamentales, en Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador. No. 8. III Trimestre. 2006. Pág. 100.

con el principio de justicia, pues una causa juzgada es lícita cuando la sentencia o razonamiento que acepte o niegue derechos es justa y bien fundamentada”¹³.

La seguridad jurídica es un derecho de las personas y obligaciones y límites para el Estado, a través de la vigencia de estos principios se obtiene la certeza jurídica de las leyes y finalmente, se alcanza el mayor valor al que puede aspirar un Estado, la Justicia.

“Resulta perfectamente posible poder hablar de un principio de seguridad jurídica en el orden tributario, que si bien no alcanza el grado de especialidad para poder ser catalogado como un principio propio, si tiene una especial incidencia en un ordenamiento de injerencia como el fiscal. Incluso es posible hablar de unas exigencias específicas de seguridad jurídica en materia fiscal, derivadas de los imperativos de reserva de ley formal”¹⁴.

Los procedimientos específicos en materia de legalidad y jurisdicción ordinaria han sido creados en armonía a principios generales procesales y constitucionales y su respeto es obligatorio por los operadores de justicia; por lo tanto, esta seguridad que genera confianza y certeza no puede ser ignorada por ningún órgano del Estado.

¹³ Sentencia No. 016-10-SEP-CC. Caso No. 0092-09-EP y 0169-09-EP Acumulados. 28 de Mayo del 2010. R.O. Suplemento # 202.

¹⁴ JAENKE, G. cita a: A. Xavier. Manual de Distrito Fiscal. 1960. Pág. 116.

4.1.4. Derecho Procesal Tributario

El derecho tributario: “es considerado como el sistema de normas jurídicas que de acuerdo con determinados principios comunes a todas ellas, regula el establecimiento, recaudación y control de los ingresos de derecho público del Estado derivados del ejercicio de su potestad tributaria, así como las relaciones entre el propio Estado y los particulares considerados en su calidad de contribuyentes”¹⁵.

El Derecho Tributario, también denominado como concepto de Derecho Fiscal, es parte integrante del Derecho Público, el cual a su vez está inserto dentro del Derecho Financiero, y se ocupa de estudiar las leyes a partir de las cuales el gobierno local manifiesta su fuerza tributaria con la misión de conseguir a través del mismo ingresos económicos por parte de los ciudadanos y empresas, y que son los que le permitirán cubrir el gasto público de todas las áreas del Estado.

El Derecho Tributario es el conjunto de normas y principios que regulan la relación jurídico - tributaria que nace entre la administración y el contribuyente, al producirse el hecho generador del tributo. El sujeto activo (la administración) y el sujeto pasivo (el contribuyente) no están vinculados por una relación de poder, sino jurídica y en una situación de igualdad.

¹⁵ PONCE DE LEÓN GARCÍA, Moris Carlos.- “Elementos Personales del Derecho Tributario Administrativo”. Pág. 32.

A criterio del jurista Héctor Villegas “Derecho Procesal Tributario es el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional, cuyo objeto es dirimir las diversas clases de controversias que se relacionan con la materia tributaria”¹⁶.

El derecho procesal tributario es el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional, cuyo objeto es dirimir las controversias que se relacionan con la materia Tributaria. Su estudio debe basarse en las normas contenidas en el código orgánico Tributario, que regulan los procedimientos aplicables a las controversias que se deriven de la relación tributaria.

“Son las normas jurídicas de carácter adjetivo y que establecen los procedimientos legales, a fin de que los sujetos de la obligación tributaria hagan valer sus derechos ante las autoridades administrativas, jueces tribunales que se encargan de impartir justicia en materia tributaria. Las normas procesales no pueden ser violadas por el juzgador, ya que de suceder esto tiene la obligación de declarar la nulidad del proceso de oficio o a petición de parte, en especial cuando se violen solemnidades sustanciales que influyen en la decisión de la causa”¹⁷.

El Derecho Procesal Tributario es el conjunto de normas que regulan los procesos, tendientes a resolver las controversias que se pudieran presentar entre los contribuyentes y el fisco.

¹⁶ VILLEGAS Héctor V., “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario”, Ob. Cit., Pág. 449.

¹⁷ BENAVIDES BENALCÁZAR, Merck. Teoría y Práctica Tributaria en el Ecuador. Segunda Edición 2006. Ibarra-Ecuador. Pág. 19.

4.1.5. El Afianzamiento Tributario.

La palabra afianzamiento, utilizada por el asambleísta para la creación de la figura jurídica, proviene del verbo “afianzar”, el mismo que denota la idea de dar fianza, seguridad y garantía. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la palabra afianzar significa “Dar fianza por alguien para seguridad o resguardo de intereses o caudales, o del cumplimiento de alguna obligación”¹⁸. Por otra parte, el diccionario jurídico de Cabanellas, define al afianzamiento como el “Acto jurídico en virtud del cual se garantiza el cumplimiento de una obligación, constituyendo al efecto una fianza suficiente”¹⁹.

Una característica importante a mencionar en la figura del afianzamiento tributario, es que el valor que la constituye además de representar un pago anticipado de la obligación tributaria sigue la suerte de la acción o recurso del sujeto, es decir, que bajo el supuesto que el sujeto pasivo obtenga un resultado negativo en la presentación de la acción o recurso, el dinero depositado por concepto del afianzamiento formará parte de la determinación impuesta por la Administración Tributaria; por otro lado, si el sujeto pasivo obtuviera un resultado favorable, dicho anticipo a la determinación le será devuelta con sus respectivos intereses, tal como si se tratase de un pago indebido a un impuesto que hubiese efectuado el contribuyente.

¹⁸ <http://www.drae2.es/afianzar>

¹⁹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1997, Pág. 28.

Afianzar “acción y efecto de constituir fianza con el propósito de garantizar el cumplimiento de una obligación a su vencimiento”²⁰

Afianzamiento. “Acción y efecto de afianzar. El acto de asegurar con fianza el cumplimiento de una obligación; de dar seguridad o resguardo de intereses o caudales. También el efecto del mismo contrato de fianza, por el cual uno se hace responsables de la obligación de un tercero, en caso de no cumplirse este”²¹.

La denominada Asamblea Nacional Constituyente de los años 2007-2008, atribuyéndose competencias que se encontraban al margen de las establecidas en su reglamento, crea, discute y aprueba la denominada “Ley Reformatoria Para la Equidad Tributaria en el Ecuador” en adelante LET, la cual se publicó en el Registro Oficial Suplemento No. 242 con fecha 29 de Diciembre de 2007, y que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2008.

La mencionada ley además de crear nuevos impuestos como el de salida de divisas al exterior (Art. 155) y a los ingresos extraordinarios provenientes de los recursos no renovables (Art. 164), reformó la Ley de Régimen Tributario Interno y el Código Tributario, ambas elevadas al rango de leyes orgánicas. En este último cuerpo normativo, se introdujo a través de un artículo innumerado la figura del “afianzamiento”, tal como se lo señala en el título del artículo.

²⁰ LECCA C. Javier. Grand Diccionario Jurídico. Tomo I. Lima - Perú. 2013. Pág. 132.

²¹ CHANAMÉ ORBE, Raúl. Diccionario Jurídico Moderno. Lex & Iuris. Grupo Editorial. Lima-Perú. 2014. Pág. 98.

La figura del afianzamiento fue introducida en la Ley de Equidad Tributaria a través del artículo siete, como reforma al Código Tributario dentro del título segundo denominado “De la sustanciación ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal” y en el capítulo segundo denominado “Del trámite de las Acciones”. El texto del artículo siete es el siguiente: Art. 7.- A continuación del Art. 233 agréguese el siguiente: “(...).- Afianzamiento.- Las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse al Tribunal Distrital de lo Fiscal con una caución equivalente al 10% de su cuantía; que de ser depositada en numerario será entregada a la Administración Tributaria demandada.

La caución se cancelará por el Tribunal Distrital de lo Fiscal o Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia si la demanda o pretensión es aceptada totalmente, la que en caso de ser en numerario generará a favor del contribuyente intereses a la misma tasa de los créditos contra el sujeto activo. En caso de aceptación parcial el fallo determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al demandante y la cantidad que servirá como abono a la obligación tributaria; si la demanda o la pretensión es rechazada en su totalidad, la administración tributaria aplicará el valor total de la caución como abono a la obligación tributaria.

Esta caución es independiente de la que corresponda fijarse por la interposición del recurso de casación, con suspensión de ejecución de la sentencia o auto y de la de afianzamiento para hacer cesar medidas cautelares y se sujetará a las normas sobre afianzamiento establecidas en este Código.

“El Tribunal no podrá calificar la demanda sin el cumplimiento de este requisito, teniéndose por no presentada y por consiguiente ejecutoriado el acto impugnado, si es que dentro del término de quince días de haberlo dispuesto el Tribunal no se la constituyere”²²

Tal como se desprende de la propia Ley Equidad Tributaria, tanto los impuestos en ella creados, así como las reformas a la Ley de Régimen Tributario Interno y Código Tributario, entraron en vigencia a partir del 1 de enero de 2008, por lo que, en lo concerniente a la aplicación de la figura del afianzamiento, ésta entró a regir en todas las acciones y recursos que se presentaron ante los tribunales a partir de la mencionada fecha.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Estado Constitucional de Derechos

El autor Robert Alexy, acerca del Estado constitucional de Derechos señala:

“Para el Estado Constitucional el juez toma una posición más activa para

²² LEY DE EQUIDAD TRIBUTARIA. Registro Oficial Suplemento No. 242 con fecha 29 de Diciembre de 2007. Art. 7

garantizar la superioridad constitucional frente a los actos legislativos. Desde el lado europeo, el Estado Constitucional es una evolución histórica que permite una forma más eficiente de controlar el poder a través de la Constitución”²³.

El Estado Constitucional de Derechos, es una etapa superior del Estado Social de Derecho y un concepto amplio, que alude al gobierno sometido a leyes, con énfasis en el respeto a los derechos y garantías de las personas.

Par el tratadista Peter Häberle: “La constitución no es tan solo el texto literal de los acuerdos de la población, la Constitución es una institución que camina con la cultura; El Estado Constitucional vive en el curso del tiempo para arribar a la dialéctica entre estática y dinámica, entre conservación y cambio”²⁴.

El Estado Constitucional de Derechos se fundamenta en la subordinación de la legalidad a la Constitución rígida, con rango jerárquico superior a las leyes, como normas de reconocimiento de su validez.

“La significación de ser un Estado constitucional de derechos es una superación a nuestra Constitución como un Estado social de derecho realizada en la Constitución de 1998, como este lo fue del simple Estado soberano que fuimos antes. Éste último caracterizado por contener una serie de prohibiciones

²³ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid-España. 2007. Pág. 23.

²⁴ HÄBERLE, Peter, El Estado Constitucional. Instituto de investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica No. 47. Lima Perú 2003. Pág. 206.

y limitaciones al poder público estatal para garantizar los derechos individuales, mientras que el estado social de derecho contiene la demanda de la satisfacción de los derechos sociales mediante prestaciones, obligaciones de hacer por parte del poder público; sin embargo tan solo mediante la inclusión de normas programáticas, caracterizadas por su discrecionalidad y no vinculadas por el principio de legalidad”²⁵.

En el Estado Constitucional de Derecho se revaloriza la dignidad de las personas, se reconoce la supremacía de la Constitución, asignado un rol activo a los jueces en el despliegue de las potencialidades humanísticas de la Constitución.

El Estado constitucional de derecho asienta su paradigma en la subordinación de la legalidad a Constituciones rígidas con un rango jerárquico superior a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Esto significa que: “a) la validez de las normas no depende exclusivamente de la forma de producción sino además de la compatibilidad de sus contenidos con los principios constitucionales; b) la ciencia jurídica propone una visión crítica en relación con su propio objeto y propone la eliminación o corrección de las lagunas y antinomias que surgen de la violación de las prohibiciones y obligaciones de contenido establecidas por la Constitución; c) la actividad jurisdiccional se fortalece en la medida que debe aplicar las normas, y siempre que éstas sean

²⁵ ZAVALA EGAS, Jorge. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica. Pág. 141.

formal y sustancialmente compatibles con la Ley Fundamental; d) se configura un límite y un complemento para la democracia”²⁶.

Un límite, porque los derechos incorporados a la constitución implican prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes y a las mayorías, que de no mediar dicha interdicción, alcanzarían el grado de absolutos. “Un complemento, porque estas prohibiciones y obligaciones se configuran como garantías de los derechos de todos frente a los abusos de tales poderes, que podrían de otro modo fagocitar el propio sistema democrático. De ello se deduce que, si en el modelo de estado legislativo de derecho”²⁷, el poder emanado de la ley era soberano por cuanto representaba la voluntad general, “en el Estado constitucional de derecho queda sometido a la constitución y la decisión democrática que, por principio, es aquella adoptada conforme a un conjunto de reglas y no sólo a la acordada mayoritariamente”²⁸.

Por último, cabe destacar que en el Estado constitucional, los derechos fundamentales no son exclusivamente disposiciones jurídicas producto de la actividad política voluntarista y deliberativa sino que, “desde su fundamentación interna, introducen en el sistema una sólida carga axiológica que pretende irradiarla en todo el ordenamiento jurídico”²⁹.

²⁶ MUSUMECI, Gustavo Alberto. El control dual o paralelo de constitucionalidad como garantía de la jurisdicción constitucional en un Estado Constitucional de Derecho. Perú. 2013. Pág. 4.

²⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil, Trotta, España 1999. Pág. 24,

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos De Los Derechos Fundamentales, Trotta, España, 2001. Pág. 65,

²⁹ SERRANO, José Luis. Validez y vigencia, Trotta, España 1999. Y PAOLO COMANDUCCI, Formas de Neoconstitucionalismo : un análisis metateórico, - Compilador Miguel Carbonel – en Neoconstitucionalismo (S), Trotta, España, segunda edición 2005. Pág. 56,

La esencia del constitucionalismo y del garantismo lo que denomina democracia sustancial, reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones. Un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar la esfera de lo discrecional, circunscripta y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos: los derechos de la libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales derechos a la salud, a la educación, a la seguridad social a la subsistencia- que toda mayoría está obligada a satisfacer.

El neoconstitucionalismo, que es la aplicación inmediata de las garantías constitucionales que antes estaban en el marco dogmático de las constituciones sin aplicación práctica, y directa. Ya era un avance el reconocimiento que hacía la Constitución de 1998, que impedía invocar la falta de ley como argumento para irrespetar al mandato constitucional. Hoy el desarrollo y aplicación del neoconstitucionalismo es incuestionable en la Constitución del 2008, dichas normas constituyen un sólido bloque de preeminencia constitucional.

4.2.2. Supremacía Constitucional.

En un sistema jurídico, la supremacía constitucional significa que la Constitución es la norma que denominamos fundamental, que está en la cúspide o por encima de las demás normas jurídicas.

“La Supremacía Constitucional es actualmente uno de los dogmas que goza de mayor aceptación dentro de la doctrina como supuesto fundamental e indispensable del Estado constitucional”³⁰.

La Constitución se convierte en la base del edificio jurídico del Estado, del que emanan dos principios básicos: la legalidad y la seguridad jurídica. Todo esto constituye un supuesto lógico que descansa el Estado Constitucional.

Es pues la Constitución el documento legal supremo, el que se ubica en la cúspide. Y esta característica de supremacía va a tener consecuencias importantes para nuestro sistema jurídico. Para el Estado de Derecho, aludir a la supremacía, es aludir a que esta norma es la norma primaria, que va ser el primer elemento de referencia en todo ordenamiento jurídico del Estado de que se trate, va a ser el primer punto de referencia de todo ordenamiento existente. Va a ser la fuente de creación de todo el sistema jurídico.

³⁰ HENRÍQUEZ FRANCO, Humberto. Derecho Constitucional. Editora FECAT. Librería Jurídica. Lima-Perú. 2001. Pág. 125.

“La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse toscamente en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional”³¹.

Esta opinión concuerda con la necesidad de hacer de la Constitución una auténtica norma suprema en la que se funden las demás normas jurídicas y en la que encuentren, a su vez, la fuente de su validez.

“La norma superior de la Constitución constituye el grado supremo o, desde el punto de vista dinámico, la fuente, el principio del orden entero, no se encuentra en la esfera del derecho interno, nada por encima de las reglas constitucionales, nada que le sea superior, porque no hay nada que le sea lógicamente anterior”³². La importancia de la supremacía constitucional en las principales Constituciones del mundo explica por sí mismo el papel que ella desempeña en el funcionamiento del Estado constitucional de Derecho. Su observancia como auténtica ley superior constituye, de un lado, garantía de respecto de la libertad y los derechos individuales y, de otro lado, garantía de la validez de las normas dentro del orden jerárquico, en la medida en que cada una de ellas tenga sustento de superior jerarquía.

“El principio de supremacía constitucional constituye el más eficiente instrumento técnico hasta hoy conocido para la garantía de la libertad, al

³¹ KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Editorial Labor. Madrid-España. 1934. Pág. 127.

³² EISENMANN, Charles. La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche. París Francia. 1979. Pág. 483.

imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la ley fundamental”³³.

La supremacía constitucional es el instrumento jurídico más adecuado para la convivencia humana y el remedio más eficaz para evitar el retorno de gobiernos de fuerza que han causado daño a la humanidad, sobre todo, en el periodo de guerras.

Desde un inicio la Constitución, fue entendida por los teóricos del constitucionalismo como la norma fundamental en la medida que distribuía las competencias y atribuciones de los órganos públicos.

4.2.3. Reglas de Solución de Contradicción de Normas de Mayor y Menor Jerarquía.

Es absolutamente necesario para que se cumpla el Principio de Supremacía Constitucional. Para que su vigencia quede garantizada es necesario que exista un órgano facultado a realizarlo mediante: “procedimientos que confronten normas, actos disposiciones, con la Constitución, Ante la presencia de conflictos entre ellos que vulnere la Constitución podrán ser declarados inconstitucionales. Se ve claramente la interdependencia “Control – Supremacía”. El mencionado principio concluye que las normas y los actos

³³ LINARES QUINTANA, Segundo. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Plus Ultra. Buenos Aires. Tomo I. 1981. Pág. 485.

infractorios de la Constitución son inconstitucionales y es por eso que la doctrina de la Supremacía forja de inmediato el control Constitucional como mecanismo que confrontando normas y actos con la Constitución, verifica si están o no de acuerdo con ella y en caso de no estarlo los declara inconstitucionales. Poco vale el principio si no se planifica una magistratura Constitucional que opere como órgano de control y procesos constitucionales para que se haga efectiva la superioridad de la Constitución que haya sido infringida por normas y actos de los poderes constituidos”³⁴.

Luego de esta breve explicación, a continuación veremos los artículos referentes a este tema en nuestra Carta Suprema. Por esta razón el artículo 428 manifiesta: “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente”³⁵.

³⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Pág. 32.

³⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. 2008. Corporación de Estudios y publicaciones. Quito-Ecuador. Art. 428.

Este artículo ha sido consultado por varios jueces y ha sido objeto de serios cuestionamientos, ya que mientras se produce el proceso de consulta el juez o jueza a quo suspende la tramitación de la causa, lo cual podría entenderse como un atentado al principio de celeridad en la administración de justicia, toda vez que la juez o jueza a quo no podrán decidir en el proceso mientras no se dilucide la consulta de constitucionalidad; empero la Corte considera que en apego al principio, de supremacía Constitucional, ninguna disposición contenida dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano puede guardar contradicción con las normas constitucionales, por parte del juez o jueza, ya que estos operadores judiciales no pueden pronunciarse fundamentando sus resoluciones en normas contradictorias al texto Constitucional.

A diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1998, la actual Constitución Ecuatoriana del 2008, aunque mantiene sujeción de todas las personas, autoridades e institucionales a la Constitución, conminando a su aplicación directa, expresamente no dice nada respecto a la inaplicabilidad de oficio de la cual contaban las autoridades según la Constitución de 1998. Si no más bien determina que los jueces o juezas suspenden la tramitación de la causa y consulten a la Corte Constitucional para que sea este órgano quien resuelva acerca de la Constitucionalidad de las normas, lo cual ha sido objeto de críticas por parte de los detractores de la actual Constitución, quienes consideran aquello como un freno a la actividad judicial en materia de control, asociando que esta consulta generará retraso en la administración de justicia al suspenderse los procesos hasta por cuarenta y cinco días, tiempo para que la

corte constitucional se pronuncie respecto a la Constitucional se pronuncie respecto a la Constitucionalidad o no de la norma”³⁶.

El rol que desempeña la consulta es aclarar el panorama de los jueces en casos de dudas respecto a la constitucionalidad de una norma puesta a su conocimiento dentro de un caso concreto; algunos tratadistas asocian a esta figura con el denominado control difuso de constitucionalidad, para otros, bajo la nueva Constitución, aquel control difuso a desaparecido, ya que en la anterior Carta Fundamental el Artículo 274 establecía la facultad de implicar directamente o a petición de parte una norma contraria a la Constitución, debiendo remitir el expediente al ex Tribunal Constitucional para que éste se pronuncie con efectos erga omnes. La nueva figura de la consulta prevé que ya no se va el juez o jueza quien inaplique directamente, si no es la Corte Constitucional la que debe dilucidar este conflicto normativo, situación que va acorde con la Supremacía material de la Constitución.

El artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dice: “Los jueces aplicarán las disposiciones Constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía...”³⁷. En consecuencia cualquier juez o juez o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de una norma jurídica es contraria a la

³⁶ FIORES AGUIRRE, Xavier, “Desafíos Constitucionales, La Constitución Ecuatoriana del 2008 en perspectiva”, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ecuador, editores: Ramiro Ávila Santa María, Agustín Grijalva, Rubén Martínez, Quito 2008. Pág. 71.

³⁷ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. 2014. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. Art. 142.

Constitución o a los Tratados Internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la Constitucionalidad de la Norma.

Si transcurrido el plazo previsto en la Corte Constitucional no se pronuncia el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviera luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiera sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional.

No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por juez o jueza es resuelta en sentencia. El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso. Sin embargo este artículo, permite continuar con la causa, pero cabe una pregunta con que expediente se puede continuar con la causa, si para la consulta de Constitucionalidad el juez o jueza envía a la Corte Constitucional, el expediente.

4.2.5. Finalidad del Afianzamiento Tributario.

“El Consejo de Estado ha acogido el criterio de la Corte Constitucional en cuanto a que la caución podrá exigirse en el auto admisorio o en oportunidad

posterior, pues no es un requisito previo para la admisión de la demanda. Se considera una condición razonable para garantizar los créditos liquidados a favor de la Nación, pero no puede constituirse en un obstáculo para el acceso a la administración de justicia”³⁸.

En el caso de nuestro ordenamiento jurídico, la figura de la caución se aplica como un medio de garantía al cumplimiento de obligaciones en casos muy especiales, como por ejemplo: el evitar que la sentencia se ejecute una vez interpuesto el recurso extraordinario de casación, o para suspender las medidas cautelares dentro de un juicio de excepciones”³⁹.

Caución.- Salvo las excepciones contenidas en el artículo anterior, quien haya interpuesto recurso de casación podrá solicitar que se suspenda la ejecución de la sentencia o auto recurrido rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda causar a la contraparte.

Cesación de medidas cautelares: Afianzamiento.- Para hacer cesar las medidas cautelares que se ordenen en procedimientos de ejecución o en el trámite de la acción contencioso -tributaria, deberá afianzarse las obligaciones tributarias por un valor que cubra el principal, los intereses causados hasta la

³⁸ CHÁVEZ GARCÍA, Milton. “Caución para demandar – El Principio Solve et Repete”, en *Revista de orientación tributaria*, No. 149, Bogotá, Editorial Legis S.A., 2008, Pág. 18.

³⁹ CÓDIGO TRIBUTARIO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2014. Art. 248.

fecha del afianzamiento y un 10% adicional por intereses a devengarse y costas, por uno cualquiera de los siguientes modos.

Por otro lado, el artículo 7 de la Ley de Equidad Tributaria, en el tercer párrafo señala: “Esta caución es independiente de la que corresponda fijarse por la interposición del recurso de casación, con suspensión de ejecución de la sentencia o auto y de la de afianzamiento para hacer cesar medidas cautelares y se sujetará a las normas sobre afianzamiento establecidas en este Código”⁴⁰, por lo que la propia ley diferencia al afianzamiento de las distintas cauciones que se regulan en la normativa tributaria, es decir como la figura que se plantea en casos extraordinarios en donde se pretende garantizar el cumplimiento de una obligación cuya existencia a favor de la Administración ha sido analizada y discutida dentro de un recurso y ante una autoridad competente. Así mismo, en el caso del recurso extraordinario de casación, existe una sentencia previa que establece la existencia de la obligación, y en el caso de las medidas cautelares, se entiende que existen suficientes argumentos para determinar la existencia de una obligación, de allí que el juez cree necesario determinar dichas medidas.

En definitiva, si analizamos la figura del afianzamiento, vemos que ésta se aplica desde el primer momento en que se va a discutir en instancias judiciales la existencia o no de una obligación tributaria, cabe recordar que la vía judicial

⁴⁰ LEY DE EQUIDAD TRIBUTARIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2014. Art. 7

hoy en día puede ser una vía directa para el sujeto pasivo, es decir sin que se discuta la determinación vía administrativa, por lo que no se asemeja a una caución como tal, ya que la caución se aplica como una garantía que ampare el eventual abuso del derecho de acción, y luego que se ha iniciado el juicio respectivo y frente a casos extraordinarios que sean analizados por el juez; de ahí su finalidad de ser un medio de garantía, más no como un requisito para que el accionante pueda iniciar una acción judicial, como sí es el caso del afianzamiento tributario tal como ha sido regulado.

Retomando nuevamente la naturaleza esencial del afianzamiento que es la de garantizar el cumplimiento del impuesto determinado por la administración tributaria, el cual, cabe señalar, “es un acto administrativo que cuenta con la presunción de legitimidad y ejecutoriedad, según lo establece nuestro ordenamiento jurídico”⁴¹, cabría analizar la intencionalidad del assembleísta a la hora de implementar esta figura dentro de los recursos y acciones que puede interponer el sujeto pasivo ante la autoridad jurisdiccional, el cual, dada sus características, representa claramente un presupuesto procesal.

Legitimidad y ejecutoriedad.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y, de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto. Los actos administrativos tributarios gozarán de las presunciones de legalidad y ejecutoriedad y están

⁴¹ ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2014. Art. 68.

llamados a cumplirse; pero serán ejecutivos, desde que se encuentren firmes o se hallen ejecutoriados.

En primera instancia resulta innegable que a través del afianzamiento, la intención del asambleísta fue la de proteger el ingreso económico del Estado producido a través de los impuestos, y en este caso en particular encontrándonos bajo la figura del afianzamiento, el Estado se garantiza parte del impuesto exigido al contribuyente obligándolo al pago previo del diez por ciento de la cuantía para que pueda impugnar dicha determinación, en la instancia contenciosa.

Así mismo, la figura del afianzamiento pudo haber sido implementada con la finalidad de reducir el número de causas que se inician en instancias judiciales frente a actos administrativos de determinación, lo cual no solo que resulta innecesario ya que existen otros mecanismos para sancionar a las personas que presentan demandas inficidas, sino que también puede ser interpretado como una medida que pone en riesgo el derecho al libre acceso a la justicia, reconocido por nuestra Constitución y tratados internacionales.

Independientemente de cuál haya sido la intención del asambleísta a la hora de establecer en la legislación tributaria este presupuesto procesal denominado afianzamiento, la realidad es que la administración tributaria ha tomado ventaja frente al sujeto pasivo, en razón a que previo a que su acto administrativo, el

cual goza de presunción de legitimidad, sea objeto de un proceso judicial, el sujeto pasivo, desprendiéndose de un capital económico, deberá pagar un porcentaje de la obligación tributaria determinada, la cual precisamente va a ser objeto de discusión y análisis por parte de un tercero imparcial.

El Economista Pablo Lucio Paredes, la Doctora Diana Acosta y Mae Montaña Valencia, “mediante informes dirigidos a la mesa de Legislación y Fiscalización y haciendo un petitorio de reconsideración, manifiestan de manera clara y enérgica, su malestar frente a la figura del afianzamiento previendo una especie de abuso por parte del Estado frente al contribuyente y un entorpecimiento al libre acceso a la justicia con el que contamos los ciudadanos; e incluso, en el caso de la asambleísta Diana Acosta, se señala a dicha figura como una señal de retroceso a la evolución normativa, y específicamente a la normativa tributaria, comparando al afianzamiento como un claro vestigio del principio solve et repete⁴².

De igual manera, resulta una ventaja para la administración tributaria el que el sujeto pasivo sobre quienes se determinó una obligación tributaria, requiera pagar el diez por ciento de la cuantía determinada para poder presentar una acción o recurso en la instancia judicial, esto sin duda alguna, más allá de la validez o no que pueda tener el acto administrativo de determinación, representa a primera vista una traba al acceso a la justicia.

⁴² MONTAÑO VALENCIA; Mae. Observaciones al Proyecto a la Ley de Equidad Tributaria; http://asambleaconstituyente.gov.ec/blogs/mae_montanio/2007/12/21/observaciones-al-proyecto-de-ley-deequidad-tributaria/:

En este sentido, el Dr. Pablo Guevara en su ponencia presentada en las IX Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario, realizadas en la ciudad de Cuenca el mes de enero de 2009, señaló que en su criterio personal “constituye solve et repete cualquier medida que restrinja el derecho a acudir al órgano jurisdiccional y plantear una demanda, aun cuando se trate del afianzamiento de una proporción de la cuantía de dicha demanda, lo que bajo el imperio de la nueva Constitución resulta ser una norma ineficiente”⁴³.

Por lo tanto, haciendo énfasis en la cita realizada, resulta fundamental asimilar ambas figuras como una eminente limitación y restricción a los órganos judiciales, realidad que no debe perder peso por el hecho de que el afianzamiento tributario se refiera “únicamente” al pago previo de un porcentaje de la cuantía determinada y no a su totalidad como sí acontecía con el principio *solve et repete*, pues como bien lo señaló el Dr. Pablo Guevara en su exposición, ambas figuras, más allá de sus elementos y características, cumplen una misma finalidad que es la de garantizar el cobro anticipado de un impuesto determinado por la Administración a costa de obstaculizar el libre y gratuito acceso a la justicia.

La Ley de Equidad Tributaria de diciembre 29 de 2007 y la figura del afianzamiento en las acciones y recursos en materia tributaria significaron un retroceso en lo referente al libre acceso a la justicia. Está claro que constituye

⁴³ GUEVARA, Pablo. Ponencia: La nueva Constitución frente al cobro de las tasas judiciales, el recargo en materia tributaria y el afianzamiento de las demandas, Cuenca, IX Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario, 2009, Pág. 19.

solve et repete cualquier medida de pago anticipado que restrinja el derecho a acudir al órgano jurisdiccional a plantear una demanda, aun cuando se trate del afianzamiento de una proporción de la cuantía de dicha demanda, resulta evidente que ambas figuras comparten una misma intención recaudatoria, por la vía de limitar, en ambos casos, al ejercicio del derecho a la impugnación contenciosa, es decir, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva.

Luego de las cargas que ha tenido que soportar el sujeto pasivo al momento de establecerse en su contra la determinación tributaria, y dentro de su decisión de impugnar dicho acto ante los órganos jurisdiccionales, deberá así mismo obtener los recursos económicos que le permitan asumir el 10 por ciento de la determinación impuesta, más los recargos, intereses y multas; costos que como ya lo he señalado reiteradamente implica el presupuesto procesal o requisito *sine quanon* para discutir con la administración la procedencia y legalidad del acto de determinación.

Finalmente, es así mismo importante tomar en cuenta el gasto que implica la asesoría y patrocinio de un abogado por el manejo de la causa, así como el tiempo que toma estos procesos hasta su resolución, los cuales, en el mejor de los casos no es inferior a un año; tiempo que naturalmente acarrea un costo para el accionante la acción o el recurso.

4.2.5. Inconstitucionalidad de Normas.

La garantía de la Supremacía de la Constitución depende, en el Estado Constitucional, de la existencia de un órgano especializado de Control

Constitucional; el Control Constitucional trata de los mecanismos de revisión de la adecuación de las leyes, de los actos del Estado o de los particulares a la Suprema de la ley de un país. Existen diversas clasificaciones atendiendo criterios. La rama del derecho especializada en este estudio es el derecho procesal Constitucional.

En nuestro país ocupamos el Sistema Concentrado en la Corte Constitucional, según nuestra Constitución Ecuatoriana de 2008, entonces el trámite ante quien se lo realizara para declarar la inconstitucionalidad de una norma es ante la Corte Constitucional, por así ordenarlo el Título III sobre Control Abstracto de Constitucionalidad de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Según la opinión del Profesor Fernández Segado "...en un primer momento, la no realización normativa de un mandato constitucional abstracto nos sitúa simplemente ante un incumplimiento de las exigencias constitucionales, ante lo que se ha llamado una "situación constitucional imperfecta", que, aunque criticable, no puede ubicarse aún dentro del ámbito de la omisión legislativa inconstitucional"⁴⁴.

Inconstitucionalidad por omisión es la inobservancia total o parcial de mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio,

⁴⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La inconstitucionalidad por Omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socio económica?". Ensayo publicado en la obra colectiva "Inconstitucionalidad por Omisión", bajo la coordinación de Víctor Bazan. Editorial TEMID, 1997, Pág. 16.

producto de la inacción de los poderes constituidos o de los funcionarios públicos, dentro del plazo establecido en la Constitución o considerado razonable, que ocasiona la pérdida de eficacia normativa de la Constitución.

Sin embargo de lo expuesto, no cabe duda de que estos mandatos abstractos configuran el deber de cumplir con los fines constitucionales por lo que, eventualmente y tomando muy en cuenta el elemento temporal, podría admitirse también la inconstitucionalidad por omisión, cuando transcurrido un plazo suficientemente razonable, se torne evidente que se ha dejado de actuar en consonancia con dichos fines.

Hay doctrinarios que sostienen que la omisión inconstitucional se refiere exclusivamente a la inacción legisferante que enerva el cumplimiento de los derechos constitucionales prestacionales, consagrados en el denominado Estado Social de Derecho. Para fundamentar esta tesis argumentan que en el Estado Social de Derecho se incorporan en la Carta Suprema derechos de segunda y de tercera generación, que obligan al legislador a no permanecer inactivo frente al status quo, con el fin de procurar la plena vigencia de esos derechos que la Constitución establece.

Sin embargo, sin desconocer que los derechos de segunda y de tercera generación son más susceptibles de ser violados por omisión inconstitucional y que la tendencia finalista del constitucionalismo social está, junto con los

principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, en el germen de las construcciones teóricas de la omisión inconstitucional, considero que la problemática hay que mirarla globalmente, buscando siempre consagrar la supremacía y eficacia jurídica de la Constitución.

La regulación de la inconstitucionalidad por omisión, debe buscar remedio a todos los casos en que los poderes constituidos, por su inacción, vulneren las normas constitucionales, ocasionándoles la pérdida de su eficacia normativa, sean éstas relativas o no al estado social de derecho.

Cuando el legislador y mucho más el legislador constituyente expide una norma jurídica, la hace con la firme decisión de que tenga aplicación práctica en la vida de la comunidad. La razón de la existencia del derecho es justamente normar la convivencia social. El derecho vigente en un Estado debe regir para todos quienes lo integran, incluyendo el propio Estado.

El maestro George Jellinek en su importante obra "Teoría General del Estado", afirma que acompaña a "todo principio de derecho la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo" lo que, apunto yo, se traduce en la garantía de la seguridad jurídica. El profesor Kelsen también sostenía que "la validez de una norma coincide con su obligatoriedad y por tanto con su

eficacia. Para este autor, la noción de eficacia no reviste interés para el jurista⁴⁵.

Lo que Jellinek y Kelsen nos propone es, en suma, que la validez de una norma jurídica debería coincidir con su eficacia. Y, es justamente la correspondencia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica constitucional, la que se rompe con la figura de la inconstitucionalidad por omisión.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 1, establece; “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia⁴⁶”.

El actual estado constitucional de derechos obedece al neo constitucionalismo, que emana de la norma constitucional todas las demás normas inferiores que deben guardar armonía, para evitar antinomia o contradicciones jurídicas y prevalezcan los derechos fundamentales previstos en la Constitución de la República del Ecuador.

⁴⁵ BIGLINO CAMPOS, Paloma. citada por María del Carmen Blasco Soto en “La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad”. José María Bosch, Editor, Barcelona-España 1995, Pág. 88

⁴⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2008, Art. 1

El Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, establece “que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”⁴⁷. Esto en armonía con el Art. 168 determina que la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: numeral cuatro; “El acceso a la administración de justicia será gratuito”⁴⁸.

Esta norma está estrechamente relacionada con mi tesis, debido que se establece que todas las personas tenemos acceso a la justicia libre de dilataciones y como objetivo principal debe existir la celeridad en su tramitación, para obtener resultados positivos a favor de las víctimas de cualquier delito se cometa en contra de las personas, así mismo hace mención a que la autoridad que incumpla las resoluciones judiciales será sancionada como manda la ley.

Dentro del artículo 82 de Constitución de la Republica Ecuador señala: “El derecho a la seguridad se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, clara y aplicadas por las autoridades

⁴⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. Ar.75.

⁴⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. Ar.167 # 4.

competentes”⁴⁹. Pues bien el Estado, como máximo exponente del poder público y primer regulador de las relaciones en sociedad, a través de su poder Legislativo, no sólo establece las disposiciones legales a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de crear un ámbito general de seguridad jurídica al ejercer el poder político, jurídico y legislativo. La seguridad jurídica es, en el fondo, la garantía dada al individuo por el Estado de modo que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto último llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y reparación de los mismos.

Según el Art. 83 de la Constitución de la República señala los deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, en el numeral 15to, dispone; “Cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la Ley”⁵⁰. Es decir, que toda persona mayor de edad o adulta mayor debe de contribuir con el pago de tributos al Estado de acuerdo a las Leyes pertinentes.

así mismo en los numerales 1, 2 y 3 del Art. 285 de nuestra Constitución, prescribe como objetivos de la política fiscal: “1) El financiamiento de servicios, inversión y bienes públicos; 2) La redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados, 3) La generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción

⁴⁹ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. Art. 82

⁵⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. Art. 83.

de bienes y servicios socialmente deseables y ambientalmente responsables”⁵¹; más adelante en el Artículo 304 de la Constitución de la República establece los objetivos de la política comercial, entre los que se incluye “desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos a partir del objetivo estratégico establecido en el Plan Nacional de Desarrollo”⁵²; al analizar el Art. 306 de la Constitución de la República del Ecuador dispone “la obligación estatal de promover las exportaciones ambientalmente responsables, con preferencia de aquellas que generen mayor empleo y valor agregado, y en particular las exportaciones de los pequeños y medianos productores y del sector artesanal”⁵³. Por lo tanto, la administración tributaria, está dirigida a la determinación y recaudación de obligaciones tributarias por intermedio de los agentes de retención y percepción o a través de la ejecución coactiva para permitirle al Estado o entes públicos contar con recursos para su presupuesto, es decir, la aportación que realizan los contribuyentes, personas naturales o jurídicas dedicados al comercio.

El Art. 337 de la Constitución determina “el Estado promoverá el desarrollo de infraestructura para el acopio, transformación, transporte y comercialización de productos para la satisfacción de las necesidades básicas internas, así como para asegurar la participación de la economía ecuatoriana en el contexto regional y mundial a partir de una visión estratégica”⁵⁴.

⁵¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 85 #1,2 y 3.

⁵² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 304.

⁵³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 306.

⁵⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 337.

El Art. 425 de la Constitución de la República señala; “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”⁵⁵.

Esta disposición legal hace referencia a la Supremacía Constitucional que consiste en un principio teórico del Derecho constitucional que postula, originalmente, ubicar a la Constitución de un país jerárquicamente por encima de todo el ordenamiento jurídico de ese país, en este caso del Ecuador, considerándola como Ley Suprema del Estado y fundamento del sistema jurídico. Según cada país los tratados internacionales ratificados por el país gozan de igual rango constitucional o superior a las leyes e inferior a la Constitución de la República.

⁵⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley. Cit. 425.

4.3.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución No. 217 A. III. De 10 de diciembre de 1948.

Artículo 8

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que viole sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”⁵⁶.

Este instrumento internacional facultad a toda persona hacer efectivo sus derechos ante la administración de justicia y que éstos, respeten los derechos humanos consagrados en la Constitución y los tratados internacionales.

La tutela jurisdiccional efectiva es un derecho que ha sido consagrado tanto por los tratados internacionales de Derechos Humanos, así como internamente a través de la Constitución, leyes, y demás normativa secundaria; su importancia y amplia aplicabilidad resumidas en la libre accesibilidad a la justicia han hecho que esta garantía constitucional sea ampliamente estudiada por la doctrina y debidamente aplicada en los países que la defienden como un elemento fundamental dentro de todo Estado de derecho.

⁵⁶ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Fue aprobada por la Asamblea General de la ONU (Organización de las Naciones Unidas) el 10 de diciembre de 1948. Art. 8.

4.3.3. Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Artículo 25.- Protección Judicial.- 1.- “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la presente Convención..”⁵⁷.

La administración de justicia debe brindar una atención ágil u oportuna, así mismo todo trámite debe ser gratuito, está claro entonces, que si se garantiza el derecho defensivo en causas fiscales, sin condiciones ni obstáculos, no puede quedar subsistente la regla según la cual el acceso a la órbita judicial debe estar condicionado al previo pago de la presunta deuda tributaria.

Este tratado internacional de aplicación directa e inmediata en nuestro ordenamiento jurídico, que prevalece sobre las leyes, reconoce a toda persona el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus

⁵⁷ CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Art. 8.

derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; es decir, señala los elementos fundamentales que conforman el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva por lo que, en función a su jerarquía y aplicabilidad inmediata, es de reconocer que sus disposiciones derogarían cualquier figura jurídica contemplada en la legislación interna que impida, condicione o limite el acceso a una tribunal independiente.

4.3.4. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.

Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento:

1. "Principio de aplicación más favorable a los derechos.- Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona.

2. Optimización de los principios constitucionales.- La creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales.
3. Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.
4. Obligatoriedad de administrar justicia constitucional.- No se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica⁵⁸.

Todo juez debe administrar justicia considerando estos principios, conforme lo prevé la ley, además los operadores de justicia deben resolver los problemas que se les presente en su despacho, sin negar justicia, por oscuridad de la ley, duda o vacíos legales.

Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

1. “Debido proceso.- En todo procedimiento constitucional se respetarán las normas del debido proceso prescritas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

⁵⁸ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2014. Art. 2

2. Aplicación directa de la Constitución.- Los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e inmediata aplicación parte.
3. Gratuidad de la justicia constitucional.- El acceso y el servicio de la administración de justicia constitucional es gratuito, sin perjuicio de la condena en costas y de los gastos procesales a que hubiere lugar de conformidad con el reglamento que la Corte Constitucional dicte para el efecto.
4. Inicio por demanda de parte.- Salvo norma expresa en contrario, los procesos se inician por demanda de parte.
5. Impulso de oficio.- La jueza o juez tiene el deber de impulsar de oficio los procesos constitucionales hasta llegar a su conclusión, salvo en los casos expresamente señalados en esta ley.
6. Dirección del proceso.- La jueza o juez deberá dirigir los procesos de forma activa, controlará la actividad de los participantes y evitará las dilaciones innecesarias. En función de este principio, la jueza o juez podrá interrumpir a los intervinientes para solicitar aclaraciones o repreguntar, determinar el objeto de las acciones, encauzar el debate y demás acciones correctivas, prolongar o acortar la duración de la audiencia...”⁵⁹

⁵⁹ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Ley Cit. Art. 4

Estos principios al igual que los que consagra la Constitución deben ser aplicado en cada proceso y en todas las materias del derecho, por lo tanto el Juez debe estar preparado para resolver los litigios en forma motivada.

4.3.5. Código Tributario.

El Art. 233.1., del Código Tributario, dispone: “**Afianzamiento.**- Las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse a la Jueza o Juez de lo Contenciosos Tributario con una caución equivalente al 10% de su cuantía; que debe ser depositada en numerario, será entregada a la Administración Tributaria demandada”⁶⁰.

El afianzamiento de las demandas en materia tributaria, es un volver al pasado o retroceso en lo referente a la obstaculización del libre acceso a la justicia y menoscabo de las garantías de la tutela judicial efectiva; limitación y condicionamiento que ya se lo vivió en el país a través del principio solve et repete.

La tutela efectiva reclama mucho más aún en cuanto al reconocimiento de sistemas y vías que garanticen un completo y libre acceso a la justicia, factor

⁶⁰ CODIGO TRIBUTARIO, Ley. Cit. Art. 231

que como es de comprender no solo se lo logra garantizando el que no se vulneren los derechos desde el inicio del proceso, en el intermedio o al momento de su finalización; sino también desde el momento mismo en que el Estado crea las leyes a través del órgano legislativo, es decir, que la garantía de la tutela efectiva empieza a regir desde el momento en que nacen las normas procedimentales y antes del inicio de un proceso.

La tutela jurisdiccional efectiva representa, entre otras cosas, una garantía de acceso a la justicia que debe prevalecer dentro de todas las áreas del derecho, como por ejemplo, en materia tributaria; de ahí la importancia de analizar y establecer si efectivamente la tutela jurisdiccional efectiva es respetada y ejecutada en el Ecuador dentro del campo tributario, circunstancia que, tal como se ha analizado anteriormente, fue vulnerada durante el tiempo en que estuvo en vigencia el principio del *solve et repete*, el cual representaba un evidente y nefasto obstáculo para el libre acceso a la justicia.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. Código Tributario de Honduras.

En esta legislación tributaria los procedimientos o actuaciones tienen como finalidad facilitar a los contribuyentes o responsables el cumplimiento voluntario de sus obligaciones tributarias, verificar su correcto cumplimiento o exigirlo cuando no se haya realizado o lo haya sido en forma incompleta o incorrecta.

Según el Artículo 74 del presente Código; “Las peticiones y recursos que no se resuelvan dentro de los términos establecidos por este Código o las leyes tributarias especiales o por la Ley de Procedimiento Administrativo se entender falladas a favor del peticionario. Los daños que el silencio irrogare al Estado corren a cuenta del funcionario negligente”⁶¹.

Esta disposición no incluye como requisito alguno el de pagar algún valor económico como tasa judicial, por lo tanto se cumple con el principio de gratuidad al acceso de justicia.

El Artículo 75 de esta ley señala; “La impugnación de informes, dictámenes o ajustes de tributo que figuren en los expedientes se harán por medio de los recursos previstos en este Código una vez hecha la notificación de la correspondiente resolución”⁶².

Este procedimientos tributario administrativo, por notificación personal se entender no solo la que se le haga directamente al contribuyente o responsable o a su mandatario o representante legal, sino también la que se efectúa mediante la publicación de un aviso, en uno de los diarios de mayor circulación en el país, por parte de la Dirección Ejecutiva de Ingresos. El mencionado aviso, solo se publicar después de que se haya cumplido lo prescrito por la Ley en su caso.

⁶¹ CÓDIGO TRIBUTARIO DE HONDURAS, Decreto No. 22-97. Art. 74.

⁶² CÓDIGO TRIBUTARIO DE HONDURAS, Decreto No. 22-97. Art. 75.

Contra las resoluciones definitivas que dicte la Dirección Ejecutiva de Ingresos con el recurso de reposición, el que podrá interponerse en el acto de la notificación o dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de aquella. En materia aduanera, sin embargo, se estará a lo dispuesto en la legislación correspondiente. Si el recurrente solicitare apertura a pruebas o si la Dirección Ejecutiva de Ingresos no tiene por cierto los hechos alegados por la parte interesada, podrá acordarse la apertura a pruebas por un término no inferior a diez días ni superior a veinte días.

4.4.2. Código Tributario de Chile.

El presente Código en lo que respecta del procedimiento General de las Reclamaciones tributarias administrativas hace referencia las siguientes disposiciones legales.

Se sujetarán al procedimiento todas las reclamaciones por aplicación de las normas tributarias. Respecto de los actos será procedente el recurso de reposición administrativa, con las siguientes modificaciones:

- a) “El plazo para presentar la reposición será de quince días.
- b) La reposición se entenderá rechazada en caso de no encontrarse notificada la resolución que se pronuncia sobre ella dentro del plazo de cincuenta días contados desde su presentación.

c) La presentación de la reposición no interrumpirá el plazo para la interposición de la reclamación judicial contemplada en el artículo siguiente⁶³.

Esta disposición legal no determina el pago de algún monto o cuantía para iniciar proceso alguno, conforme si lo estable en Código Tributario del Ecuador.

Además esta legislación establece que toda persona podrá reclamar de la totalidad o de algunas de las partidas o elementos de una liquidación, giro, pago o resolución que incida en el pago de un impuesto o en los elementos que sirvan de base para determinarlo, siempre que invoque un interés actual comprometido. En los casos en que hubiere liquidación y giro, no podrá reclamarse de éste, salvo que dicho giro no se conforme a la liquidación que le haya servido de antecedente. Podrá reclamarse, asimismo, de la resolución administrativa que deniegue cualquiera de las peticiones.

Según el Artículo 125 del Código en estudio señala que la reclamación deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1°.- “Consignar el nombre o razón social, número de Rol Único Tributario, domicilio, profesión u oficio del reclamante y, en su caso, de la o las personas que lo representan y la naturaleza de la representación.

2°.- Precisar sus fundamentos.

⁶³ CÓDIGO TRIBUTARIO DE CHILE. Ley N° 20.780. Art. 123.

3°.- Presentarse acompañada de los documentos en que se funde, excepto aquéllos que por su volumen, naturaleza, ubicación u otras circunstancias, no puedan agregarse a la solicitud.

4°.- Contener, en forma precisa y clara, las peticiones que se someten a la consideración del Tribunal”⁶⁴.

Entre estos requisitos para presentar las reclamaciones tributarias, no establece valor alguno o tasa judicial que el contribuyente debe cancelar, por motivo que el trámite y acceso a la justicia es gratuito. Solo señala el procedimiento a seguir posteriormente, Si no se cumpliera con los requisitos antes enumerados, el Juez Tributario y Aduanero dictará una resolución, ordenando que se subsanen las omisiones en que se hubiere incurrido, dentro del plazo que señale el tribunal, el cual no podrá ser inferior a tres días, bajo apercibimiento de tener por no presentada la reclamación.

4.4.3. Código Tributario del Perú.

Este Código establece la facultad para interponer reclamaciones a los deudores tributarios directamente afectados por actos de la Administración Tributaria podrán interponer reclamación.

Puede ser objeto de reclamación la Resolución de Determinación, la Orden de Pago y la Resolución de Multa. También en este Código son reclamables la

⁶⁴ CÓDIGO TRIBUTARIO DE CHILE. Ley N° 20.780. Art. 125.

resolución ficta sobre recursos no contenciosos y las resoluciones que establezcan sanciones de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como las resoluciones que las sustituyan y los actos que tengan relación directa con la determinación de la deuda Tributaria. Asimismo, serán reclamables, las resoluciones que resuelvan las solicitudes de devolución y aquéllas que determinan la pérdida del fraccionamiento de carácter general o particular.

De conformidad con el Artículo 136, determina el requisito del pago previo para interponer reclamaciones; “Tratándose de Resoluciones de Determinación y de Multa, para interponer reclamación no es requisito el pago previo de la deuda tributaria por la parte que constituye motivo de la reclamación; pero para que ésta sea aceptada, el reclamante deberá acreditar que ha abonado la parte de la deuda no reclamada actualizada hasta la fecha en que realice el pago”⁶⁵.

Esta disposición contraviene al derecho del acceso gratuito a la administración de justicia por obligar al reclamante pagara la deuda que impugna.

Este Código obliga al reclamante para interponer reclamación contra la Orden de Pago es requisito acreditar el pago previo de la totalidad de la deuda tributaria actualizada hasta la fecha en que realice el pago.

⁶⁵ CÓDIGO TRIBUTARIO DEL PERÚ. Decreto Legislativo N° 953. Art. 136

Según el Artículo 137 del Código en estudio, determina que la reclamación se iniciará de acuerdo a los requisitos y condiciones siguientes:

1. "Se deberá interponer a través de un escrito fundamentado y autorizado por letrado en los lugares donde la defensa fuera cautiva, el que, además, deberá contener el nombre del abogado que lo autoriza, su firma y número de registro hábil. A dicho escrito se deberá adjuntar la Hoja de Información Sumaria correspondiente, de acuerdo al formato que hubiera sido aprobado mediante Resolución de Superintendencia.
2. Plazo: Tratándose de reclamaciones contra Resoluciones de Determinación, Resoluciones de Multa, resoluciones que resuelven las solicitudes de devolución y resoluciones que determinan la pérdida del fraccionamiento general o particular, éstas se presentarán en el término improrrogable de veinte (20) días hábiles computados desde el día hábil siguiente a aquél en que se notificó el acto o resolución recurrida. De no interponerse las reclamaciones contra las resoluciones que determinan la pérdida del fraccionamiento general o particular dentro del plazo antes citado, éstas resoluciones quedarán firmes.

Tratándose de las resoluciones que establezcan sanciones de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como las resoluciones que las sustituyan, la reclamación se presentará en el plazo de

cinco (5) días hábiles computados desde el día hábil siguiente a aquél en que se notificó la resolución recurrida.

La reclamación contra la resolución ficta denegatoria de devolución podrá interponerse vencido el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles a que se refiere el segundo párrafo del Artículo 163º.

3. Pago o carta fianza: Cuando las Resoluciones de Determinación y de Multa se reclamen vencido el señalado término de veinte (20) días hábiles, deberá acreditarse el pago de la totalidad de la deuda tributaria que se reclama, actualizada hasta la fecha de pago, o presentar carta fianza bancaria o financiera por el monto de la deuda actualizada hasta por 6 (seis) meses posteriores a la fecha de la interposición de la reclamación, con una vigencia de 6 (seis) meses, debiendo renovarse por períodos similares dentro del plazo que señale la Administración⁶⁶.

En caso la Administración declare infundada o fundada en parte la reclamación y el deudor tributario apele dicha resolución, éste deberá mantener la vigencia de la carta fianza durante la etapa de la apelación por el monto de la deuda actualizada, y por los plazos y períodos señalados precedentemente. La carta fianza será ejecutada si el Tribunal Fiscal confirma o revoca en parte la resolución apelada, o si ésta no hubiese sido renovada de acuerdo a las condiciones señaladas por la Administración Tributaria. Si existiera algún saldo a favor del deudor tributario, como consecuencia de la ejecución de la carta

⁶⁶ CÓDIGO TRIBUTARIO DEL PERÚ. Decreto Legislativo Nº 953. Art. 137.

fianza, será devuelto de oficio. Los plazos señalados en seis (6) meses variarán a nueve (9) meses tratándose de la reclamación de resoluciones emitidas como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia.

Las condiciones de la carta fianza, así como el procedimiento para su presentación serán establecidas por la Administración Tributaria mediante Resolución de Superintendencia, o norma de rango similar.

Del estudio del derecho comparado comparto la regulación del Código Tributario de la República de Honduras y Chile, porque no establecen como requisito fianza o cuantía como garantía del pago y requisito para iniciar la acción contenciosa tributaria; no comparto con la disposición del Perú, porque la igual que el Código Tributario del Ecuador, no se garantiza el derecho al acceso gratuito a la justicia.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales.

Entre los principales materiales que utilice para el desarrollo de la presente tesis, son las obras científicas y jurídicas que constan en la bibliografía y respectivo pies de página. Sí mismo el cuaderno de apuntes y consultas, me sirvieron para elaborar mi trabajo, así mismo utilice páginas del internet, en especial del buscador google académico.

5.2. Métodos.

En el proceso de investigación socio jurídico apliqué el método científico, entendido como el camino a seguir para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada. Es válida la concertación del método científico hipotético-deductivo para señalar el camino a seguir en la investigación socio-jurídica propuesta; pues, partiendo de las hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, se procederá al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación, para luego verificar si se cumplen las conjeturas que subyacen en el contexto de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El método **científico** aplicado al momento de consultar las obras jurídicas científicas que constan en la bibliografía.

El método **analítico** sintético fue utilizado cuando realice el análisis e interpretación de los resultados de las encuestas y entrevistas.

El método **estadístico**, utilizado con la elaboración de los cuadros y gráficos de los resultados de las encuestas.

El método **exegético** me ayudo en el análisis de las normas jurídicas de la Constitución de la República del Ecuador, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y, Código Tributario.

El método de la **hermenéutica jurídica**, aplicado en la interpretación de las normas jurídicas antes citadas.

5.3. Procedimientos y Técnicas.

Serán los procedimientos de observación, análisis y síntesis de lo que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico documental; y, de técnicas de acopio empírico como la encuesta y la entrevista. La investigación de campo se concretó a consultas de opinión de las personas conocedoras de la problemática. Previo al muestreo poblacional de 30 profesionales del Derecho conocedores de la Problemática; y cinco profesionales para las entrevistas entre Jueces Constitucionales y de lo Contencioso Tributario y Abogados.

Los resultados de la investigación se presentarán en tablas, barras o gráficos y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y

datos concretos, que sirven para la construcción del marco teórico, verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, y para arribar a conclusiones y recomendaciones encaminadas a la solución del problema planteado.

6. RESULTADOS

6.1. RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS.

En la ejecución de la técnica de la encuesta, apliqué 30, a diferentes personas conocedoras de la problemática, seleccionadas por muestreo, entre abogados, funcionarios judiciales de la ciudad de Loja.

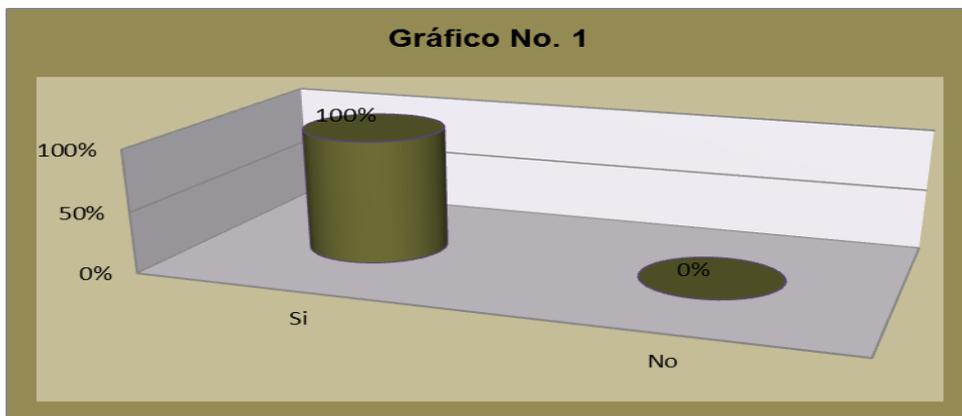
Primera Pregunta: ¿Cree usted que el afianzamiento exigido en el Art. 233,1 del Código Tributario, contraviene el principio constitucional de gratuidad al acceso de justicia previsto en el Art. 77 y 168 de la Constitución del Ecuador?

Cuadro No. 1.

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
SI	30	100%
No	0	0%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

Autor: Alexander Wladimir Sánchez Montaña.



Análisis:

En esta pregunta los treinta encuestados que equivalen al 100%, responden que sí, porque la Constitución es la norma suprema que está garantizando el acceso gratuito a la administración de justicia así debe ser, porque lo manda la norma constitucional, porque el Código Tributario es una ley orgánica que en orden jerárquico, está por debajo de la Constitución, por lo que las no deben contradecir la norma suprema, caso contrario debería la Corte Constitucional resolver esta inconstitucionalidad.

Interpretación:

Estoy de acuerdo con los criterios de los encuestado porque la administración de justicia es gratuita, y no debe haber excepciones para ciertos trámites que el conveniente al gobierno recaudar dinero de las personas más necesitadas.

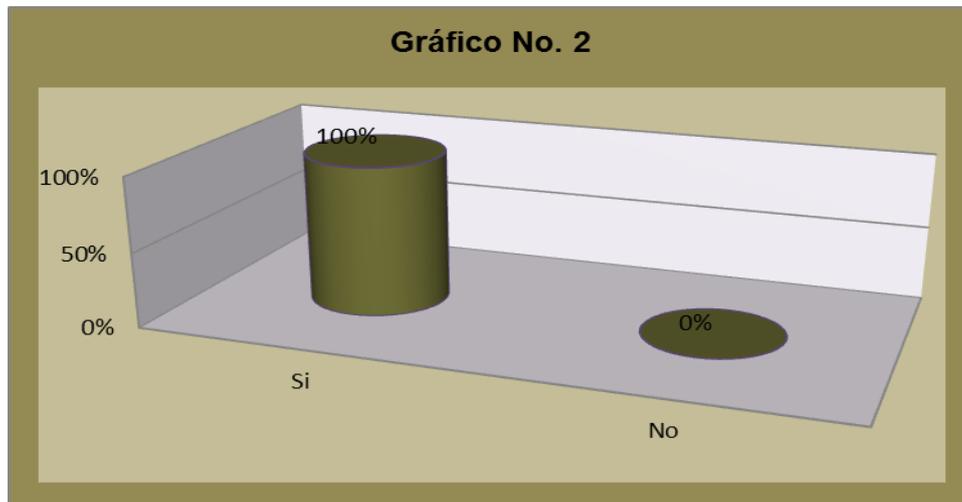
Segunda Pregunta: ¿Cree usted, que debe aplicarse las reglas de solución de antinomias, cuando existan contradicciones entre normas jurídicas en relación al Art. 75 de la Constitución con el afianzamiento tributario?

Cuadro No. 2.

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
SI	30	100%
No	0	0%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

Autor: Alexander Wladimir Sánchez Montaña.



Análisis:

En esta interrogante los treinta encuestados que corresponden al 100%, responden que sí, debe aplicarse las reglas de solución de antinomias, como es la ponderación, el principio de proporcionalidad, con la finalidad de evitar la imposición de normas vulneren derechos sobre las norma constitucionales de rango supremo, acerca del derecho a la gratuidad en el acceso de la justicia. Además la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el Art. 3 numeral uno, tipifica las reglas de solución de antinomias, cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente la jerárquicamente superior, la especial o la posterior, por lo tanto debe aplicarse.

Interpretación:

Comparto las opiniones de los encuestados porque debe existir aplicación directa de las normas legales constitucionales sobre las leyes orgánicas y ordinarias, por lo tanto, es necesario que se apliquen los métodos de

interpretación jurídica como lo es la hermenéutica jurídica que consiste en el análisis e interpretación de normas que están en contradicción con la de mayor jerarquía.

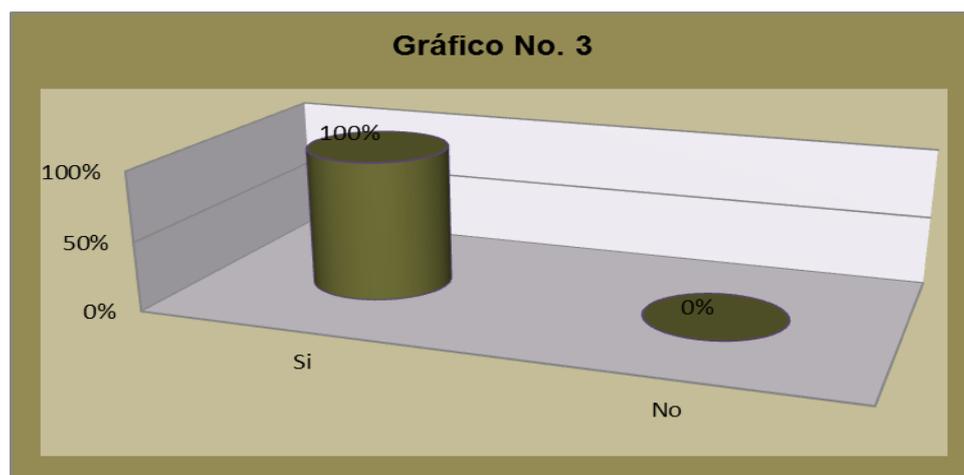
Tercera Pregunta: ¿Cree usted que debe aplicarse el derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva en el caso del Afianzamiento de la caución del 10% de la cuantía de lo que reclama en materia tributaria?

Cuadro No. 3.

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
SI	30	100%
No	0	0%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

Autor: Alexander Wladimir Sánchez Montaña.



Análisis:

En esta pregunta los treinta encuestados que equivalen al 100%, manifiestan que sí, debe aplicarse el derecho al acceso gratuito de la justicia, para todos

los trámites con la finalidad que se cumpla con la tutela judicial efectiva, conforme el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, que prevalece sobre la disposición legal del Art. 233.1 del Código Tributario que se refiere en caso del afianzamiento toda personas debe rendir caución del 10% de la cuantía de lo que reclama en materia tributaria.

Interpretación:

Estoy de acuerdo con los criterios de los encuestados porque ya es hora que en la administración de justicia se cumpla con el derecho al acceso gratuito a la justicia, con la finalidad que se cumpla con el principio de supremacía de la norma constitucional, además recordemos que nos encontramos en un Estado constitucional de derechos que prevalece sobre las demás normas internas del Ecuador, por lo tanto, no debe haber contradicciones jurídicas y si lo hay, debe aplicarse los métodos de interpretación de normas que dispone la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

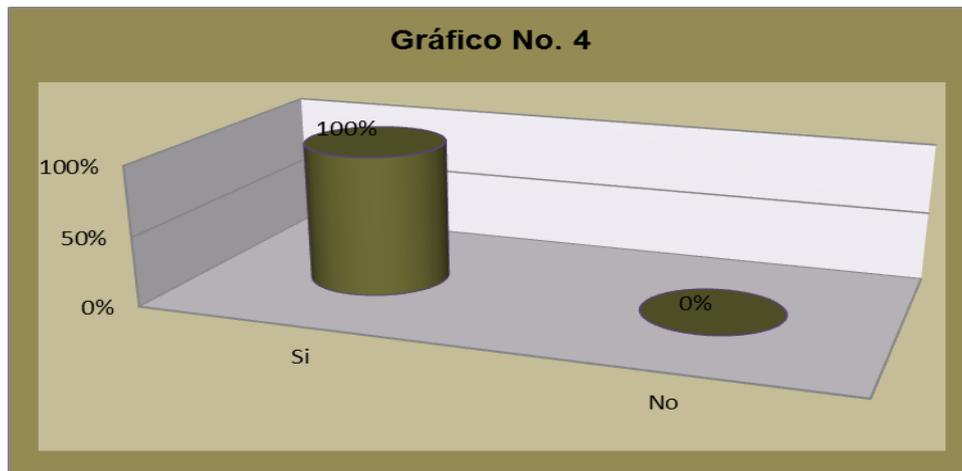
Cuarta Pregunta: ¿Cree usted que debe declararse la inconstitucional del Art. 233.1 del Código Tributario, conforme lo prevé el # 8 de Art. 11 de la Constitución que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos?

Cuadro No. 4.

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
SI	30	100%
No	0	0%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

Autor: Alexander Wladimir Sánchez Montaña.



Análisis:

En esta pregunta los treinta encuestados que constituyen el 100% manifiestan que toda norma que vulnere derechos fundamentales debe ser derogada por la Asamblea Nacional o a su vez declarada a través de un proceso su inconstitucional, porque los Jueces Constitucionales deben vigilar el fiel cumplimiento de las normas y en caso que conozca de alguna acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos debe aplicar los métodos de interpretación

constitucional que constan en la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Interpretación:

Los encuestados señalan que toda norma que vulnera derechos de las personas debe ser declarada su inconstitucionalidad, sin embargo este proceso lo realiza la Corte Constitucional cuando cualquier personas, colectivo presentan la demanda de inconstitucionalidad, también los Jueces inferiores suben a consulta su inquietudes sobre alguna disposición legal, entonces los Jueces por su amplio conocimiento aplican el derecho y a través de una resolución declaran la inconstitucionalidad de la norma improcedente.

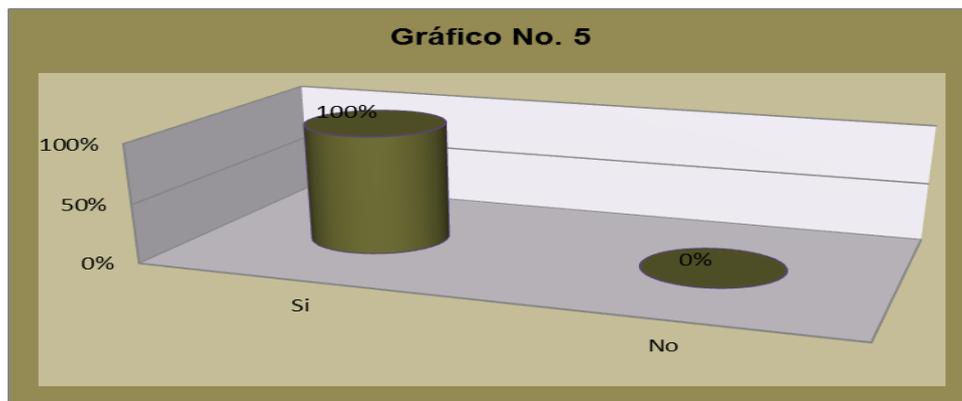
Quinta Pregunta: ¿Estima necesario exteriorizar un proyecto de reforma legal al Código Tributario para evitar la contradicción del derecho al acceso gratuito a la justicia entre el artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador, con el artículo 233.1 del Código Tributario?

Cuadro No. 5.

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
SI	30	100%
No	0	0%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

Autor: Alexander Wladimir Sánchez Montaña.



Análisis:

En esta interrogante los treinta encuestados que corresponden al 100%, responden que sí, están de acuerdo con la incorporación de reformas legales al Código Tributario que derogue al afianzamiento tributario, con la finalidad que se cumpla con el derecho al acceso gratuito de la justicia; y el derecho a la igualdad ante la ley.

Interpretación:

Estoy de acuerdo con los criterios de la mayoría porque debe declararse la inconstitucionalidad del artículo 233.1 del Código Tributario, por contradecir el derecho constitucional del acceso gratuito a la justicia. Con este apoyo demuestro la necesidad de reformar esta ley tributaria.

6.2. RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS.

Las entrevistas fueron aplicadas a cinco profesionales para las entrevistas entre Jueces Constitucionales y de lo Contencioso Tributario y Abogados conectoras de la problemática previamente seleccionadas, obteniendo los resultados que se muestran a continuación:

A la Primera Pregunta: ¿Cree usted que el Afianzamiento exigido en el Art. 233.1 del Código Tributario, contraviene el principio constitucional de gratuidad al acceso de justicia?

Respuestas:

En la presente pregunta los cinco consultados manifiestan que si contraviene el afianzamiento exigido por el Art. 233.1 del régimen tributario porque la gratuidad de la justicia debe entenderse de manera relativa, en el sentido que los usuarios no tengan que afrontar un pago directo o indirecto por el mismo. Pero qué pasa si una persona quiere reclamar sus derechos en materia contencioso tributario debe pagar una cuantía del 10% de lo reclama, llamado afianzamiento tributario, de esta manera se vulnera y contradice el derecho a la gratuidad al accesos de la justicia.

Comentario:

Comparto las opiniones de los entrevistados agregando, que en materia de administración y acceso a la justicia, la gratuidad del servicio debe ser entendida en el sentido de su disponibilidad orgánica y funcional, es decir, en la posibilidad real de todo operador de sistema judicial de acudir físicamente al mismo y defender sus derechos mediante una adecuada representación que no implique para él un costo tal, que convierta en falso el derecho de acceso y atención. Por lo tanto, en materia del afianzamiento tributario se contradice y debe ser declarada inconstitucional esta norma legal.

A la Segunda Pregunta: ¿Conoce usted que se debe aplicar las reglas de solución de contradicción del derecho constitucional al acceso gratuito a la justicia con el afianzamiento Tributario?

Respuestas:

En la presente pregunta los cinco consultados manifiestan que si conocen el procedimiento para declaración de inconstitucionalidad de las normas que prevé la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así mismo consideran que debería haberse cumplido con esta aplicación de las reglas de solución de contradicción de normas, porque la ley debe ser aplicada en igualdad para todo proceso, por lo tanto, y cumplirse al pie de la letra lo que manda la Constitución, con respecto al derecho de las personas en el acceso gratuito de la justicia, y no tener que estar pagando en materia tributaria un valor adicional para que hagan justicia, si los jueces ya tienen un sueldo, la Función Judicial tiene su respectivo presupuesto que el Estado les designa, y ese presupuesto sale de todos los contribuyentes, es decir es el pueblo quien paga al servicio judicial, y todavía quieren seguir explotando más el bolsillo de los usuarios por acceder a un servicio judicial.

Comentario:

Comparto las opiniones de los entrevistados agregando, que conforme prevé la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional deben aplicarse las reglas de solución de contradicción del derecho constitucional al

acceso gratuito a la justicia contra la imposición del afianzamiento tributario, que más bien hace ver que el Estado está necesitado de recursos económicos y busca de otras formas tapadas de cobrar una tasa judicial que ya fue derogada.

A la Tercera Pregunta: ¿Considera usted, que existe falta de aplicación de las reglas de solución de contradicción del derecho constitucional al acceso gratuito a la justicia con el afianzamiento Tributario?

Respuestas:

En esta interrogante los cinco consultados opinan que si existe falta de aplicación de la ley para derogar las contradicciones jurídicas, porque aún sigue vigente el afianzamiento tributario que obligar pagar una cuantía para poder seguir con el trámite contenciosos tributario; en vista de esto las persona interesadas a través de sus abogados ya debieron haber presentado la demanda ante la Corte Constitucional, al igual que los Jueces de nivel inferior que tienen que resolver estos asunto, sin embargo los jueces no van a presentar, porque estaría actuado en contra de los intereses del Estado. Por lo tanto debe aplicarse las reglas de solución de antinomias que es aplicable por los jueces de la Corte Constitucional cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior. Esto deben aplicar los Jueces cuando se interponen recurso de apelación o casación, sin embargo no lo hacen porque según ellos

perjudican al Estado y más bien quieren seguir perjudicando al pueblo cobrando un valor adicional del 10%, de cuanto por el valor del reclamo contenciosos tributario. Otra regla sería el Principio de proporcionalidad que es aplicable cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. La Ponderación es otra regla de solución de antinomias o contradicciones en la cual se establece una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada.

Comentario:

Los criterios de los entrevistados son valederos porque estas reglas de antinomias ya debieron haberse aplicado hace tiempo, quedando demostrada la vulneración al derecho constitucional al acceso gratuito a la justicia con la aplicación del 10% como cuantía de los valores total a reclamar en la acción contenciosa tributaria, conocida como afianzamiento Tributaria.

A la Cuarta Pregunta: ¿Podría indicar el procedimiento de la Corte Constitucional para la aplicación de las reglas de solución de contradicción de normas de mayor y menor jerarquía?

Respuestas:

En la presente interrogante los cinco consultados manifiestan que respecto según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional el

procedimiento comienza con la demanda de inconstitucionalidad que contiene como requisitos a más de los que establece la ley; la indicación de las disposiciones acusadas como inconstitucionales. *Fundamento de la pretensión, que incluye:* las disposiciones constitucionales presuntamente infringidas, con especificación de su contenido y alcance. b) Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa. Una vez admitida la demanda la Secretaría General deberá efectuar el reparto de las demandas de inconstitucionalidad por sorteo para determinar la jueza o juez ponente. Una vez sorteada la causa y remitida a la jueza o juez ponente, éste iniciará la sustanciación. En el término de diez días siguientes al sorteo, el órgano emisor de la disposición demandada o cualquier persona, podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas demandadas. La sentencia deberá exponer de manera sucinta, clara, completa y precisa todos los argumentos de hecho y de derecho expuestos por los intervinientes, y deberá tenerlos en cuenta dentro de su análisis. La jueza o juez ponente, podrá recabar información que considere necesaria y pertinente para la resolución del proceso. El ponente podrá invitar a entidades públicas, universidades, organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso, para que presenten informes técnicos sobre puntos específicos que sean relevantes para realizar el análisis del caso. La solicitud de informes técnicos deberá permitir la diversidad de criterios y pareceres, de haberlos. En estos casos, se extenderá el término para presentar el proyecto de sentencia

hasta quince días, contado a partir del vencimiento de aquel fijado para las intervenciones públicas y oficiales. Cualquier interviniente dentro del proceso constitucional o cualquiera de los jueces de la Corte puede solicitar que se convoque una **audiencia pública** ante el Pleno, para que quien hubiere expedido la norma o participado en su elaboración, y el demandante, expongan, clarifiquen, sustenten y profundicen los argumentos de hecho y derecho en que sustentan su pretensión, que será aceptada siempre que la jueza o juez ponente lo considere necesario. De manera excepcional se podrá invitar a la audiencia a otros intervinientes dentro del proceso constitucional, cuando resulte necesario para realizar un análisis completo del proceso. La invitación deberá permitir la diversidad de criterios y pareceres, de haberlos.

Esta audiencia se podrá solicitar hasta cinco días después de vencido el término para recabar información, en caso de haberse solicitado, o de las intervenciones públicas y oficiales y se realizará hasta cinco días después de haber sido solicitada. Efectos de la sentencia en el tiempo.- Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, la plena vigencia de los derechos constitucionales, y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general. Cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca un vacío normativo que sea fuente potencial de vulneración de los

derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad. Efectos del control de constitucionalidad. Las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada

Comentario:

Comparto las opiniones de los entrevistados agregando, que el procedimiento lo encontramos establecidos a partir del Art. 74 hasta el Art. 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; es así, que el control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico. La competencia se basa según el Art. 75, # 4. Promover los procesos de inconstitucionalidad abstracta, cuando con ocasión de un proceso constitucional, encuentre la incompatibilidad entre una disposición jurídica y las normas constitucionales. Tiene como principios y reglas generales, # 6, se declarará la inconstitucionalidad de las disposiciones jurídicas cuando exista una contradicción normativa, y por vía interpretativa no sea posible la adecuación al ordenamiento constitucional. La demanda de inconstitucionalidad puede ser propuesta por cualquier persona, individual o colectivamente. Las sentencias producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias,

cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales. La acción pública de inconstitucionalidad podrá ser propuesta por cualquier persona. La Corte Constitucional conocerá sobre las acciones de inconstitucionalidad respecto de cualquier acto normativo de carácter general y de cualquier acto administrativo con efectos generales. Además se deba aplicar la disposición legal del Art. 425 de la Constitución de la República consagra en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior, por lo tanto debe aplicarse en el caso de afianzamiento tributario, por vulnerar el derecho al acceso gratuito de justicia de los usuarios contribuyentes. Porque el acceso a la justicia puede entenderse, asimismo, tanto en términos de proceso o como resultado.

7. DISCUSIÓN

7.1.- VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

Los objetivos que se plantearon son un general y tres específicos que a continuación los señalo:

Objetivo General.

Realizar un estudio conceptual, doctrinario y jurídico de la aplicación de las reglas de solución de contradicción del derecho constitucional al acceso gratuito a la justicia con el afianzamiento Tributario.

Este objetivo ha sido cumplido en su totalidad con el estudio y desarrollo de Literatura con las temáticas sobre: **Marco Conceptual**, lo investigado y consultado he ceñido la investigación en temas como; Derecho al Acceso Gratuito a la Justicia, Tutela Judicial Efectiva, Seguridad Jurídica, Derecho Procesal Tributario, y, el Afianzamiento Tributario; en lo que tiene que ver con el **Marco Doctrinario** lo he desarrollado para afianzar aún más la investigación he realizado el Qacopio de doctrina sobre temas; Estado Constitucional de Derechos, Supremacía Constitucional, Reglas de Solución de Contradicción de Normas de Mayor y Menor Jerarquía, Finalidad del Afianzamiento Tributario, y, Inconstitucionalidad de Normas. En lo concerniente al **Marco Jurídico**, he prestado atención al estudio de algunos artículos relacionados a la valoración de las pruebas en los juicios orales laborales consagradas en la Constitución

de la República del Ecuador, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y, Código Tributario.

Objetivos Específicos:

- 1. Aclarar que existe falta de aplicación de las reglas de solución de contradicción del derecho constitucional al acceso gratuito a la justicia con el afianzamiento Tributario.***

Este objetivo se ha verificado con la aplicación de la tercera pregunta de la entrevista donde los cinco consultados responden que que si existe falta de aplicación de la ley para derogar las contradicciones jurídicas, porque aún sigue vigente el afianzamiento tributario que obligar pagar una cuantía para poder seguir con el trámite contenciosos tributario; en vista de esto las persona interesadas a través de sus abogados ya debieron haber presentado la demanda ante la Corte Constitucional, al igual que los Jueces de nivel inferior que tienen que resolver estos asunto, sin embargo los jueces no van a presentar, porque estaría actuado en contra de los intereses del Estado. Por lo tanto debe aplicarse las reglas de solución de antinomias que es aplicable por los jueces de la Corte Constitucional cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior. Esto deben aplicar los Jueces cuando se interponen recurso de apelación o casación, sin embargo no lo hacen porque según ellos

perjudican al Estado y más bien quieren seguir perjudicando al pueblo cobrando un valor adicional del 10%, de cuanto por el valor del reclamo contenciosos tributario. Otra regla sería el Principio de proporcionalidad que es aplicable cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. La Ponderación es otra regla de solución de antinomias o contradicciones en la cual se establece una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada.

2. Conocer el procedimiento de la Corte Constitucional para la aplicación de las reglas de solución de contradicción de normas de mayor y menor jerarquía.

Este objetivo específico fue verificado con la aplicación de la cuarta pregunta de la entrevista en la cual los cinco consultados responden que según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional el procedimiento comienza con la demanda de inconstitucionalidad que contiene como requisitos a más de los que establece la ley; la indicación de las disposiciones acusadas como inconstitucionales. *Fundamento de la pretensión, que incluye:* las disposiciones constitucionales presuntamente infringidas, con especificación de su contenido y alcance. b) Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa. Una vez admitida la demanda la Secretaría General deberá efectuar el reparto de las demandas de inconstitucionalidad por sorteo

para determinar la jueza o juez ponente. Una vez sorteada la causa y remitida a la jueza o juez ponente, éste iniciará la sustanciación. En el término de diez días siguientes al sorteo, el órgano emisor de la disposición demandada o cualquier persona, podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas demandadas. La sentencia deberá exponer de manera sucinta, clara, completa y precisa todos los argumentos de hecho y de derecho expuestos por los intervinientes, y deberá tenerlos en cuenta dentro de su análisis. La jueza o juez ponente, podrá recabar información que considere necesaria y pertinente para la resolución del proceso.

3. Exteriorizar un proyecto de reforma legal al Código Tributario para evitar la contradicción del derecho al acceso gratuito a la justicia entre el artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador, con el artículo 233.1 del Código Tributario.

Este objetivo lo verifique con la aplicación de la quinta pregunta de la encuesta donde opinan que están de acuerdo con la incorporación de reformas legales al Código Tributario que derogue al afianzamiento tributario, con la finalidad que se cumpla con el derecho al acceso gratuito de la justicia; y el derecho a la igualdad ante la ley.

7.2. CONTRASTACION DE HIPOTESIS.

La hipótesis presentada en el proyecto de tesis es la siguiente:

El afianzamiento exigido en el Art. 233,1 del Código Tributario, contraviene el principio constitucional de gratuidad al acceso de justicia previsto en el Art. 77 y 168 de la Constitución del Ecuador.

Esta hipótesis fue contrastada con la aplicación de la primera pregunta de la encuesta donde el 100%, responden la Constitución es la norma suprema que está garantizando el acceso gratuito a la administración de justicia así debe ser, porque lo manda la norma constitucional, porque el Código Tributario es una ley orgánica que en orden jerárquico, está por debajo de la Constitución, por lo que las no deben contradecir la norma suprema, caso contrario debería la Corte Constitucional resolver esta inconstitucionalidad. La gratuidad de la justicia debe ser entendida como resultado del accionar del sistema judicial tiene en cuenta principalmente que el sistema jurídico produzca resultados individual y socialmente justos. El servicio público de justicia debe caracterizarse por la continuidad, en atención al interés general que debe realizar y proteger el Estado constitucional de Derechos.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.

Desde el punto de vista jurídico fundamento mi propuesta de reforma legal analizando la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; garantizar la eficacia y la supremacía constitucional. En el Art. 3

de la citada ley, encontramos las normas constitucionales se interpretaran en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución. Es decir, esta ley permite al legislador aplicar métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento. En el numeral uno del citado artículo tipifica las reglas de solución de antinomias, conocido como conflicto de normas o normativo, el mismo que debe ser resuelto previamente a la resolución de la controversia material.

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 1, establece: el *Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia*, al respecto debo indicar en el Estado Constitucional de Derechos se fundamenta en la subordinación de la legalidad a la Constitución rígida, con rango jerárquico superior a las leyes, como normas de reconocimiento de su validez. Más adelante el Art. 11 de la Constitución tipifica que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: en el numeral tercero dispone; los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de *derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación* por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. En el numeral cinco señala; en materia de derechos y garantías constitucionales, *las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia*. En el

numeral ocho, establece; *el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas*. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

En el Art. 429 de la Constitución encontramos que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia; y es considerada la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante. Así mismo se le faculta a la Corte Constitucional declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución. Por lo tanto debe cumplirse lo que la Constitución manda: es así, en el Art. 75, indica toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia. Esto en armonía con lo dispuesto en el numeral 4, del Art. 168 determina que el acceso a la administración de justicia será gratuito. En vista de esta normativa legal la administración de justicia en todas las materias debe ser gratuita; empero, al realizar un estudio minucioso de la disposición legal del Art. 233.1., del Código Tributario, encontramos el “Afianzamiento, señalando que las acciones y recursos que se deduzcan contra

actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse a la Jueza o Juez de lo Contenciosos Tributario con una caución equivalente al 10% de su cuantía; que debe ser depositada en numerario, será entregada a la Administración Tributaria demandada”. Esta norma jurídica inobserva el derecho fundamental a la gratuidad de la justicia en el Ecuador; a la tutela judicial efectiva, a la igualdad formal y material y a la seguridad jurídica tipificada en el Art. 82 de la Constitución de la República que consagra el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. Del estudio del derecho comparado comparto la regulación del Código Tributario de la República de Honduras y Chile, porque no establecen como requisito fianza o cuantía como garantía del pago y requisito para iniciar la acción contenciosa tributaria; no comparto con la disposición del Perú, porque la igual que el Código Tributario del Ecuador, no se garantiza el derecho al acceso gratuito a la justicia. Con los resultados de campo demuestro que existe la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma tributaria que vulnera y contradice el derecho constitucional de acceso gratuito a la justicia, siendo necesario proponer reforma al régimen tributario.

8. CONCLUSIONES

Las conclusiones que estimo conveniente presentar son las siguientes:

Primera: La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.

Segunda: En el numeral uno del 3 artículo Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional tipifica las reglas de solución de antinomias, aplicable cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente la jerárquicamente superior, la especial o la posterior.

Tercera: La antinomia se conoce como de conflicto de normas o conflicto normativo, el mismo que debe ser resuelto previamente a la resolución de la controversia material, y ello se realiza determinando o eligiendo la norma aplicable; de manera tal que, una vez elegida la norma aplicable, sólo ella será el sustento normativo de la decisión con la que se ha de resolver la controversia.

Cuarta: La Constitución manda en el Art. 75 que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia, en armonía con el numeral cuatro del Art. 168 que establece el acceso a la administración de justicia será gratuito.

Quinta: El afianzamiento exigido en el Art. 233,1 del Código Tributario, contraviene el principio constitucional de gratuidad al acceso de justicia previsto en el art. 77 y 168 de la Constitución del Ecuador.

Sexta: El Art. 233.1., del Código Tributario, tipifica el Afianzamiento, señalando que las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse a la Jueza o Juez de lo Contenciosos Tributario con una caución equivalente al 10% de su cuantía; que debe ser depositada en numerario, será entregada a la Administración Tributaria demandada.

Séptima: Existe falta de aplicación de las reglas de solución de contradicción del derecho constitucional al acceso gratuito a la justicia con el afianzamiento Tributario.

Octava: En el Art. 429 de la Constitución encontramos que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia; y es considerada la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

Novena: Con los resultados de campo demuestro que existe la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma tributaria que vulnera y contradice el derecho constitucional de acceso gratuito a la justicia, siendo necesario proponer reforma al régimen tributario.

9. RECOMENDACIONES

Las recomendaciones a las que arriba son las siguientes:

Primera: Que los contribuyentes perjudicados por la presentación del 10% de la cuantía del trámite contenciosos tributaria a seguir, presente demanda de inconstitucionalidad del Art. 233.1 del Código Tributario, para que derogue la figura del afianzamiento.

Segunda: Que los jueces previo a resolver sobre la imposición del afianzamiento tributario, eleven a consulta ante la Corte Constitucional la demanda de inconstitucionalidad de la norma por existir contradicción con el derecho constitucional de acceso gratuito a la justicia.

Tercera: Al Estado y la Función Judicial cumplan el derecho constitucional de acceso gratuito a la justicia, no valiéndose del afianzamiento tributario como requisito para poder continuar con la reclamación contenciosa tributaria.

Cuarta: A las Carrera de Derecho que profundicen sus estudios en la declaratoria de inconstitucional de normas que contradicen con las

normas supremas, así como dar a conocer las reglas de solución de antinomias.

Quinta: Propongo aprobar el proyecto de reforma legal al Código Tributario para evitar la contradicción del derecho al acceso gratuito a la justicia entre el artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador, con el artículo 233.1 del Código Tributario.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.



CONSIDERANDO.

Que: La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 1, establece:
el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia

Que: El Art. 11 de la Constitución, numeral tercero dispone; los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Que: El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

Que: El Art. 75 de la Constitución, indica toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia.

Que: El numeral cuatro del Art. 168 de la Constitución determina el acceso a la administración de justicia será gratuito.

Que: El Art. 233.1., del Código Tributario, tipifica el Afianzamiento, señalando que las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse al Juez de lo Contenciosos Tributario con una caución equivalente al 10% de su cuantía.

Que: La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional el Art. 3, numeral uno, establece cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente la jerárquicamente superior, la especial o la posterior.

Que: Es necesario exteriorizar un proyecto de reforma legal al Código Tributario para evitar la contradicción del derecho al acceso gratuito a la justicia entre el artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador, con el artículo 233.1 del Código Tributario.

La Asamblea Nacional, en uso de sus atribuciones que le confiere la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 120, numeral 6, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO TRIBUTARIO

Art. 1.- A continuación del Art. 233, incorpórese un inciso que dirá:

“Para garantizar el derecho al acceso gratuito a la justicia en estos trámites contenciosos tributarios no se aceptará como requisitos de la demanda; caución o fianzas, ni valor alguno que deba cancelar la persona que se considere perjudicada de una resolución tributaria”.

Art. 2. Deróguese el Art. innumerado 233.1, que tipifica el Afianzamiento.

Artículo Final, quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a esta reforma.

Disposición General: La presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, a los veintinueve días del mes de julio del año dos mil quince.

.....

f. Presidenta

.....

f. Secretario

10. BIBLIOGRAFIA

- ❖ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid- España. 2007.
- ❖ BENAVIDES BENALCÁZAR, Merck. Teoría y Práctica Tributaria en el Ecuador. Segunda Edición 2006. Ibarra-Ecuador.
- ❖ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.
- ❖ BIDART CAMPOS, Germán J. Régimen Legal y Jurisprudencia del Amparo. Buenos Aires. EDIAR. 1969.
- ❖ BIGLINO CAMPOS, Paloma. citada por Maria del Carmen Blasco Soto en “La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad”. José María Bosch, Editor, Barcelona-España 1995
- ❖ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Bogotá, Editorial Temis. 1999.
- ❖ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1997.
- ❖ CASTILLO CORDOVA, Luis. Derecho Procesal Constitucional. Procesos Constitucionales y principios Procesales. Ediciones Legales. IUS ET VERITAS, Editorial. Lima-Perú. 2011.

- ❖ CÓDIGO TRIBUTARIO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2014.
- ❖ CÓDIGO TRIBUTARIO DE HONDURAS, Decreto No. 22-97.
- ❖ CÓDIGO TRIBUTARIO DE CHILE. Ley N° 20.780.
- ❖ CÓDIGO TRIBUTARIO DEL PERÚ. Decreto Legislativo N° 953.
- ❖ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. 2008. Corporación de Estudios y publicaciones. Quito-Ecuador.
- ❖ CONVENCION AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.
- ❖ CHANAMÉ ORBE, Raúl. Diccionario Jurídico Moderno. Lex & Iuris. Grupo Editorial. Lima-Perú. 2014.
- ❖ CHÁVEZ GARCÍA, Milton. “Caución para demandar – El Principio Solve et Repete”, en *Revista de orientación tributaria*, No. 149, Bogotá, Editorial Legis S.A., 2008
- ❖ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Fue aprobada por la Asamblea General de la ONU (Organización de las Naciones Unidas) el 10 de diciembre de 1948.
- ❖ ESPINOSA SALDAÑA, Eloy. Cita a CASTAÑEDA OTSU, Susana y Otros. Introducción a los Procesos Constitucionales. Juristas Editores. Lima – Perú. 2005.

- ❖ ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2014.
- ❖ EISENMANN, Charles. La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche. París Francia. 1979.
- ❖ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La inconstitucionalidad por Omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socio económica?”. Ensayo publicado en la obra colectiva “Inconstitucionalidad por Omisión”, bajo la coordinación de Víctor Bazan. Editorial TEMID, 1997
- ❖ FIORES AGUIRRE, Xavier, “Desafíos Constitucionales, La Constitución Ecuatoriana del 2008 en perspectiva”, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, editores: Ramiro Ávila Santa María, Agustín Grijalva, Rubén Martínez, Quito 2008.
- ❖ GARCÍA TOMA, Víctor. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Arequipa-Perú. 2009. RESATTI, Horacio D. El Derecho a la Jurisdicción.
- ❖ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso.
- ❖ GUASTINI, Ricardo. Estudio sobre la Interpretación Jurídica. México 2000. Editorial Porrúa.
- ❖ GUEVARA, Pablo. Ponencia: La nueva Constitución frente al cobro de las tasas judiciales, el recargo en materia tributaria y el afianzamiento de las demandas, Cuenca, IX Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario, 2009,

- ❖ HÄBERLE, Peter, El Estado Constitucional. Instituto de investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica No. 47. Lima Perú 2003.
- ❖ HENRÍQUEZ FRANCO, Humberto. Derecho Constitucional. Editora FECAT. Librería Jurídica. Lima-Perú. 2001.
- ❖ JAENKE, G. cita a: A. Xavier. Manual de Distrito Fiscal. 1960.
- ❖ JARAMILLO HUILCAPU, Verónica. Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2011.
- ❖ KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Editorial Labor. Madrid-España. 1934.
- ❖ LECCA C. Javier. Grand Diccionario Jurídico. Tomo I. Lima 2013.
- ❖ LEY DE CASACIÓN. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2014.
- ❖ LEY DE EQUIDAD TRIBUTARIA. Registro Oficial Suplemento No. 242 con fecha 29 de Diciembre de 2007.
- ❖ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2014.
- ❖ LINARES QUINTANA, Segundo. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Plus Ultra. Buenos Aires. Tomo I. 1981.

- ❖ MONTAÑO VALENCIA; Mae. Observaciones al Proyecto a la Ley de Equidad Tributaria:
http://asambleaconstituyente.gov.ec/blogs/mae_montanio/2007/12/21/observaciones-al-proyecto-de-ley-de-equidad-tributaria/:
- ❖ MONROY GALVEZ, Juan. Teoría General del Proceso. Tercera Edición. Lima 2009.
- ❖ MORENO RODRÍGUEZ, Víctor. Citado por, GARCÍA TOMA, Víctor. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Arequipa-Perú. 2009.
- ❖ MUSUMECI, Gustavo Alberto. El control dual o paralelo de constitucionalidad como garantía de la jurisdicción constitucional en un Estado Constitucional de Derecho. Perú. 2013.
- ❖ PONCE DE LEÓN GARCÍA, Moris Carlos.- “Elementos Personales del Derecho Tributario Administrativo”.
- ❖ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, Primera Edición. Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- ❖ PRIETO SANCHIS, Luis. Apuntes de Teoría de Derecho. Madrid, 2005.
- ❖ SALAME FARJAT, Silvia. Protección de los Derechos Fundamentales, en Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador. No. 8. 2006.
- ❖ Sentencia No. 016-10-SEP-CC. Caso No. 0092-09-EP y 0169-09-EP Acumulados. 28 de Mayo del 2010. R.O. Suplemento # 202.

- ❖ Sentencia No. 0035-09-SEP-CC. Caso No. 0307-09-EP. Considerando Quinto último párrafo. 09 de Diciembre de 2009. R.O. Suplemento #117 del 27 de enero del 2010.
- ❖ SERRANO, José Luis. Validez y vigencia, Trotta, España 1999. Y PAOLO COMANDUCCI, Formas de Neoconstitucionalismo : un análisis metateórico, - Compilador Miguel Carbonel – en Neoconstitucionalismo (S), Trotta, España, segunda edición 2005.
- ❖ VILLEGAS Héctor V., “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario”.
- ❖ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil, Trotta, España 1999.
- ❖ FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos De Los Derechos Fundamentales, Trotta, España, 2001.
- ❖ ZAVALA EGAS, Jorge. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica.

11. ANEXOS

ANEXO No. 1. Cuestionario de preguntas de Encuestas y Entrevistas



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA. CARRERA DE DERECHO

Señor Profesional, dígnese contestar las preguntas de la encuestas, relacionadas al título: **"El Afianzamiento exigido en el art. 233,1 del Código Tributario, contraviene el Principio Constitucional de Gratuidad al Acceso de Justicia"**, dichos resultados me servirán para continuar con el desarrollo de mi tesis de Título de Abogado, desde ya le antelo mis sinceros agradecimientos por su colaboración.

1. ¿Cree usted que el afianzamiento exigido en el Art. 233,1 del Código Tributario, contraviene el principio constitucional de gratuidad al acceso de justicia previsto en el Art. 77 y 168 de la Constitución del Ecuador?

Si () No ()

Porque?

2. ¿Cree usted, que debe aplicarse las reglas de solución de antinomias, cuando existan contradicciones entre normas jurídicas en relación al Art. 75 de la Constitución con el afianzamiento tributario?

Si () No ()

Porque?

3. ¿Cree usted que debe aplicarse el derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva en el caso del Afianzamiento de la caución del 10% de la cuantía de lo que reclama en materia tributaria?

Si () No ()

Porque?

4. ¿Cree usted que debe declararse la inconstitucional del Art. 233.1 del Código Tributario, conforme lo prevé el # 8 de Art. 11 de la Constitución que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos?

Si () No ()

Porque?

5. ¿Estima necesario exteriorizar un proyecto de reforma legal al Código Tributario para evitar la contradicción del derecho al acceso gratuito a la justicia entre el artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador, con el artículo 233.1 del Código Tributario?

Si () No ()

Porque?



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.
CARRERA DE DERECHO**

Señor Profesional, dígnese contestar las preguntas de la entrevistas, relacionadas al título: **"El Afianzamiento exigido en el Art. 233,1 del Código Tributario, contraviene el Principio Constitucional de Gratuidad al Acceso de Justicia"**, dichos resultados me servirán para continuar con el desarrollo de mi tesis de Título de Abogado, desde ya le antelo mis sinceros agradecimientos por su colaboración.

1. ¿Cree usted que el Afianzamiento exigido en el Art. 233.1 del Código Tributario, contraviene el principio constitucional de gratuidad al acceso de justicia?

2. ¿Conoce usted que se debe aplicar las reglas de solución de contradicción del derecho constitucional al acceso gratuito a la justicia con el afianzamiento Tributario?

3. ¿Considera usted, que existe falta de aplicación de las reglas de solución de contradicción del derecho constitucional al acceso gratuito a la justicia con el afianzamiento Tributario?

4. ¿Podría indicar el procedimiento de la Corte Constitucional para la aplicación de las reglas de solución de contradicción de normas de mayor y menor jerarquía?

ANEXO No. 2.

Proyecto de Tesis Aprobado



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

"EL AFIANZAMIENTO EXIGIDO EN EL ART. 233,1 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, CONTRAVIENE EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE GRATUIDAD AL ACCESO DE JUSTICIA".

PROYECTO DE TESIS PREVIA A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
LICENCIADO EN JURISPRUDENCIA Y
GRADO DE ABOGADO

AUTOR:

ALEXANDER WLADIMIR SÁNCHEZ MONTAÑO

1859
LOJA - ECUADOR
2015

1. TEMA.

"EL AFIANZAMIENTO EXIGIDO EN EL ART. 233,1 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, CONTRAVIENE EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE GRATUIDAD AL ACCESO DE JUSTICIA".

2. PROBLEMÁTICA.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; garantizar la eficacia y la supremacía constitucional. Al analizar el Art. 3 de la citada ley, encontramos las normas constitucionales se interpretaran en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución. Es decir, esta ley permite al legislador aplicar métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento.

En el numeral uno del citado artículo tipifica las reglas de solución de antinomias.- "Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente la jerárquicamente superior, la especial o la posterior"¹¹. Por su parte Norberto Bobbio define: "la antinomia jurídica como la situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento, tienen un mismo ámbito de validez"¹². Por su lado Prieto Sanchís señala: "La antinomia supone la existencia de una contradicción entre los enunciados deónticos o calificaciones normativas establecidas por dos normas pertenecientes al mismo sistema"¹³. A esta situación también se conoce como de conflicto de normas o conflicto normativo, el mismo que debe ser resuelto previamente a la resolución de la controversia material, y ello se

¹¹ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2014. Art. 3. # 1.

¹² BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Bogotá, Editorial Temis. 1999, Pág. 189.

¹³ PRIETO SANCHIS, Luis. Apuntes de Teoría de Derecho. Madrid, Trota, 2005, Pág. 132.

realiza determinando o eligiendo la norma aplicable; de manera tal que, una vez elegida la norma aplicable, sólo ella será el sustento normativo de la decisión con la que se ha de resolver la controversia.

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 1, establece: el *Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia*, al respecto debo indicar en el Estado Constitucional de Derecho se revaloriza la dignidad de las personas, se reconoce la supremacía de la Constitución, asignado un rol activo a los jueces en el despliegue de las potencialidades humanísticas de la Constitución. El Estado Constitucional de Derechos se fundamenta en la subordinación de la legalidad a la Constitución rígida, con rango jerárquico superior a las leyes, como normas de reconocimiento de su validez.

El Art. 11 de la Constitución tipifica que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: en el numeral tercero dispone; los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de *derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación* por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. En el numeral cinco señala; en materia de derechos y garantías constitucionales, *las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia*. En el numeral ocho, establece; *el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas*. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

Al analizar el Art. 425 de la Constitución de la República consagra el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: *la Constitución*; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias;

las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de *conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.*

En el Art. 429 de la Constitución encontramos que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia; y es considerada la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante. Así mismo se le faculta a la Corte Constitucional declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.

Por lo tanto debe cumplirse lo que la Constitución manda: es así, en el Art. 75, indica toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por el Estado. Esto en armonía con lo dispuesto en el Art. 168 donde determina que la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: numeral cuatro; “El acceso a la administración de justicia será gratuito”. En vista de esta normativa legal la administración de justicia en todas las materias debe ser gratuita; empero, al realizar un estudio minucioso de la disposición legal del Art. 233.1., del Código Tributario, encontramos el “Afianzamiento, señalando que las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos

y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse a la Jueza o Juez de lo Contenciosos Tributario con una caución equivalente al 10% de su cuantía; que debe ser depositada en numerario, será entregada a la Administración Tributaria demandada". Esta norma jurídica inobserva el derecho fundamental a la gratuidad de la justicia en el Ecuador; a la tutela judicial efectiva, a la igualdad formal y material y a la seguridad jurídica tipificada en el Art. 82 de la Constitución de la República que consagra el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. Encontrándome con el problema central que es la obligatoriedad del régimen tributario al pago del 10% de la cuantía, previa aceptación a trámite del reclamo contencioso administrativo tributario; conllevando que el presunto deudor tributario, sobre el cual pesa una obligación tributaria pendiente, está forzado a pagarla previamente a ejercer su derecho de acción, ya sea en la vía administrativa o en la contenciosa, inobservando de esta manera el Estado Constitucional de Derecho del cual el Ecuador es anfitrión, y por ende se contradice el derecho constitucional al acceso gratuito a la justicia. Siendo necesario profundizar esta temática con la finalidad de proponer reformas legales.

3. JUSTIFICACIÓN.

3.1. Justificación Académica.

La investigación jurídica de la problemática se inscribe, dentro del área del Derecho Público, principalmente el Derecho Procesal Constitucional y Contencioso Tributario; por tanto, se justifica académicamente, en cuanto cumple la exigencia del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico en aspectos inherentes a las materias de derecho positivo, sustantivo y adjetivo para optar por el Grado de Licenciado en Jurisprudencia y Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.

3.2. Justificación Socio Jurídica.

La investigación jurídica es necesaria, para lograr que la legislación nacional se aplique correctamente las reglas de solución de contradicción del derecho constitucional al acceso gratuito a la justicia dentro del afianzamiento tributario. En el Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador establece; la supremacía de las normas constitucionales señalando que prevalecen sobre cualquier otra norma. Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

Por esta razón tengo el deber de hacer respetar estos derechos que son inalienables e irrenunciables y que el Estado nos garantiza, denunciando ante la Corte Constitucional aquellos que los vulneran; o retardan la prestación de administración de justicia.

El problema jurídico y social, materia del proyecto de investigación es trascendente, en lo que tiene que ver con el incumplimiento del derecho al acceso gratuito ante la justicia en el régimen del afianzamiento tributario; por lo que el Estado debe velar por su bienestar, por un desarrollo integral y justo, sin inobservar sus derechos contemplados en la Constitución de la República del Ecuador. Se deduce por tanto, que la problemática tiene importancia social y jurídica para ser investigada, que garantice el derecho constitucional al acceso de la justicia.

3.3. Factibilidad.

Con la aplicación de métodos, procedimientos y técnicas será factible realizar la investigación socio-jurídica de la problemática propuesta, en tanto existen las fuentes de investigación bibliográficas, documental y de campo que aporten a su análisis y discusión; pues, cuento con el apoyo logístico necesario y con la

orientación metodológica indispensable para un estudio causal explicativo y crítico del derecho al acceso a la justicia que está siendo inobservado en el proceso contencioso tributario.

4. OBJETIVOS.

4.1. OBJETIVO GENERAL.

Realizar un estudio conceptual, doctrinario y jurídico de la aplicación de las reglas de solución de contradicción del derecho constitucional al acceso gratuito a la justicia con el afianzamiento Tributario.

4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.

4.2.1. Aclarar que existe falta de aplicación de las reglas de solución de contradicción del derecho constitucional al acceso gratuito a la justicia con el afianzamiento Tributario.

4.2.2. Conocer el procedimiento de la Corte Constitucional para la aplicación de las reglas de solución de contradicción de normas de mayor y menor jerarquía.

4.2.3. Exteriorizar un proyecto de reforma legal al Código Tributario para evitar la contradicción del derecho al acceso gratuito a la justicia entre el artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador, con el artículo 233.1 del Código Tributario.

5. HIPÓTESIS.

El afianzamiento exigido en el art. 233,1 del código tributario, contraviene el principio constitucional de gratuidad al acceso de justicia previsto en el art. 77 y 168 de la Constitución del Ecuador.

6.- MARCO TEÓRICO.

Antinomia Jurídica.

Para el autor Norberto Bobbio define: “la antinomia jurídica como la situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento, tienen un mismo ámbito de validez”¹⁴. Por su lado Prieto Sanchís señala: “La antinomia supone la existencia de una contradicción entre los enunciados deónticos o calificaciones normativas establecidas por dos normas pertenecientes al mismo sistema”¹⁵. Para luego agregar que, existe antinomia cuando existe contradicción entre el mandato y la prohibición, o el mandato y el permiso, o la prohibición y el permiso.

Al efecto, cabe traer a colación lo expresado por Riccardo Guastini quien define la antinomia como aquella situación en la que, “dos normas conectan a un mismo supuesto de hecho dos consecuencias jurídicas diversas e incompatibles”¹⁶.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el numeral uno del Art. 3, tipifica las reglas de solución de antinomias.- “Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente la jerárquicamente superior, la especial o la posterior”¹⁷.

Se puede definir una antinomia como aquella situación de incompatibilidad, por la cual dos normas se excluyen mutuamente, al reclamar cada una en exclusividad para sí el ámbito objeto de regulación; de manera tal que, la aplicación de una de las normas conflictivas, niega la aplicación de la otra y viceversa, o lo que es lo mismo, ambas normas no pueden aplicarse a la vez o simultáneamente, dada la

¹⁴ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Bogotá, Editorial Temis. 1999, Pág. 189.

¹⁵ PRIETO SANCHIS, Luis. Apuntes de Teoría de Derecho. Madrid, Trota, 2005, Pág. 132.

¹⁶ GUASTINI, Ricardo. Estudio sobre la Interpretación Jurídica. México 2000. Editorial Porrúa. Pág. 68.

¹⁷ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2014. Art. 3. # 1.

incompatibilidad existente entre las consecuencias jurídicas de las mismas, así como por la incoherencia entre los operadores deónticos empleados en ellas.

A esta situación también se conoce como de conflicto de normas o conflicto normativo, el mismo que debe ser resuelto previamente a la resolución de la controversia material, y ello se realiza determinando o eligiendo la norma aplicable; de manera tal que, una vez elegida la norma aplicable, sólo ella será el sustento normativo de la decisión con la que se ha de resolver la controversia.

Una antinomia normativa (o colisión o contradicción entre normas jurídicas) se advierte cuando dentro de un mismo sistema jurídico “se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas...”¹⁸, vale decir, cuando un mismo presupuesto de hecho soporta orientaciones incompatibles que no pueden lograrse simultáneamente. Por ejemplo “una norma prohíbe lo que otra manda, o permite no hacer lo que otra ordena, etc.

Materia de la Ponderación.

La existencia de una antinomia en concreto o derivada del discurso de aplicación, que como hemos dicho es la que se observa con mayor grado y frecuencia en las colisiones de principios (y derechos) constitucionales, resulta la materia propia de la ponderación, y ello por la sustancial consideración de que un conflicto de esta naturaleza no se condice del clásico triunfo permanente de una norma sobre la otra (como ocurre en la aplicación de los criterios tradicionales) sino que exige, o bien la victoria circunstancial de uno de los principios, o la determinación de una regla específica que procure la satisfacción de ambos principios contrapuestos, pero en cualquier caso desde el análisis autónomo de las particularidades de cada situación.

¹⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, “*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*”, Primera Edición. Editorial Trotta, Madrid, 2003, Pág. 175.

La causa de tal exigencia radica en que la Constitución no establece un sistema de prioridades o excepciones absolutas entre estas normas. Es más, “podría decirse que todas ellas gozan, por así decirlo, de la misma <<dignidad>> constitucional y que, por consiguiente, ninguna puede prevalecer a costa de un sacrificio desproporcionado de las otras”¹⁹. Justamente este rasgo característico es el que viene a definir en la teoría del Derecho actual, la clara separación de los principios frente a las reglas: su aplicación no puede ser “todo o nada” pues los principios no excluyen la validez simultánea de otros principios en conflicto. Por esta razón “...los principios suelen dar lugar a una perplejidad entre los juristas: son normas jurídicas que no siempre obtienen aplicación efectiva porque su aplicación puede ser desplazada (o derrotada) por la aplicación de otras. Se ha hablado, en este sentido, de los principios como normas derrotables (defeasible)”²⁰.

El fundamento filosófico de esta configuración sistémica la explica brillantemente el maestro Zagrebelsky: “Para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto, esto es, la condición que eventualmente permitiría construir un sistema formal cerrado a partir de uno sólo de ellos. Concebidos en términos absolutos, los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí. Al final, uno se erigiría en soberano sobre todos los demás y sólo permitiría desarrollos consecuentes con él. Pero en las Constituciones pluralistas no cabe que esto sea así. Los principios y los valores deben ser controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos”²¹.

Estado Constitucional de Derechos.

El autor Robert Alexy, acerca del Estado constitucional de Derechos señala: “Para el Estado Constitucional el juez toma una posición más activa para garantizar la superioridad constitucional frente a los actos legislativos. Desde el

¹⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, Ob. Cit., Pág. 306.

²⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, Ob. Cit., Pág. 306.

²¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, Ob. Cit., Pág. 306.

lado europeo, el Estado Constitucional es una evolución histórica que permite una forma más eficiente de controlar el poder a través de la Constitución”²².

El Estado Constitucional de Derechos, es una etapa superior del Estado Social de Derecho y un concepto amplio, que alude al gobierno sometido a leyes, con énfasis en el respeto a los derechos y garantías de las personas.

Par el tratadista Peter Häberle: “La constitución no es tan solo el texto literal de los acuerdos de la población, la Constitución es una institución que camina con la cultura; El Estado Constitucional vive en el curso del tiempo para arribar a la dialéctica entre estática y dinámica, entre conservación y cambio”²³

El Estado Constitucional de Derechos se fundamenta en la subordinación de la legalidad a la Constitución rígida, con rango jerárquico superior a las leyes, como normas de reconocimiento de su validez.

“La significación de ser un Estado constitucional de derechos es una superación a nuestra Constitución como un Estado social de derecho realizada en la Constitución de 1998, como este lo fue del simple Estado soberano que fuimos antes. Éste último caracterizado por contener una serie de prohibiciones y limitaciones al poder público estatal para garantizar los derechos individuales, mientras que el estado social de derecho contiene la demanda de la satisfacción de los derechos sociales mediante prestaciones, obligaciones de hacer por parte del poder público; sin embargo tan solo mediante la inclusión de normas programáticas, caracterizadas por su discrecionalidad y no vinculadas por el principio de legalidad”²⁴.

En el Estado Constitucional de Derecho se revaloriza la dignidad de las personas, se reconoce la supremacía de la Constitución, asignado un rol activo

²² ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid-España. 2007. Pág. 23.

²³ HÄBERLE, Peter, El Estado Constitucional. Instituto de investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica No. 47. Lima Perú 2003. Pág. 206.

²⁴ ZAVALA EGAS, Jorge. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica. Pág. 141.

a los jueces en el despliegue de las potencialidades humanísticas de la Constitución.

Principio de Gratuidad en la actuación del demandante.

Para Rogelio Moreno: “el principio a la gratuidad hace referencia del beneficio a litigar sin ningún tipo de desembolso económico”²⁵. Este principio se traduce en asegurar a las personas de escasos recursos, el acceso y la obtención de un fallo judicial que resuelva sus diferencias dentro de un proceso judicial gratuito. El tratadista Víctor García, señala: “El principio de gratuidad se sustenta atendiendo no sólo al reconocimiento del nivel de pobreza en el que vive parte de la población nacional, sino que fundamentalmente en razón a la naturaleza y fines específicos de los procesos constitucionales”²⁶.

“El acceso gratuito a la justicia procura que la administración de justicia sea cabal, oportuna y plena para todos los habitantes del país. Además incorpora los principios de inmediación y celeridad, pues si éstos no se cumplen pueden quedarse indefinida la acción por tan largo tiempo, que equivaldría a no aplicar la justicia, sobre todo para quienes tiene menor peso o influencia. Podría quedar el actor o el demandado, al margen de los mecanismos de defensa, que es precisamente, lo que la Constitución trata de evitar”²³.

La asistencia jurídica gratuita, asesoría jurídica gratuita o justicia gratuita, se refiere al servicio prestado por el Estado a los ciudadanos con el objetivo de satisfacer el derecho de éste a tutela judicial y a un proceso con las máximas garantías de igualdad e independencia y respetando el Derecho a la defensa de todo acusado. De esta manera se cubren las necesidades del ciudadano sin recursos económicos, bajo tutela policial o penitenciaria o en un proceso penal de recibir una tutela judicial efectiva.

²⁵ MORENO RODRÍGUEZ, Víctor. Citado por, GARCÍA TOMA, Víctor. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Arequipa-Perú. 2009. Pág. 52.

²⁶ GARCÍA TOMA, Víctor. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Arequipa-Perú. 2009. Pág. 52.

²³ BURNEO, Ramón Eduardo. Derecho Constitucional. Corporación de Estudio y Publicaciones. Quito-Ecuador.2010. Pág. 198.

El acceso de la justicia, entonces, puede ser considerado desde tres aspectos diferenciados aunque complementarios entre sí:¹⁵ el acceso propiamente dicho, es decir, la posibilidad de llegar al sistema judicial; la posibilidad de lograr un buen servicio de justicia, es decir, no sólo llegar al sistema sino que éste brinde la posibilidad de lograr un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial; y por último, complementario necesariamente, es el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos y específicamente la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo.

El Derecho Tributario.

El derecho tributario: “es considerado como el sistema de normas jurídicas que de acuerdo con determinados principios comunes a todas ellas, regula el establecimiento, recaudación y control de los ingresos de derecho público del Estado derivados del ejercicio de su potestad tributaria, así como las relaciones entre el propio Estado y los particulares considerados en su calidad de contribuyentes”³.

El Derecho Tributario, también denominado como concepto de Derecho Fiscal, es parte integrante del Derecho Público, el cual a su vez está inserto dentro del Derecho Financiero, y se ocupa de estudiar las leyes a partir de las cuales el gobierno local manifiesta su fuerza tributaria con la misión de conseguir a través del mismo ingresos económicos por parte de los ciudadanos y empresas, y que son los que le permitirán cubrir el gasto público de todas las áreas del Estado.

El Derecho Tributario es el conjunto de normas y principios que regulan la relación jurídico - tributaria que nace entre la administración y el contribuyente, al producirse el hecho generador del tributo. El sujeto activo (la administración)

³ PONCE DE LEÓN GARCÍA, Moris Carlos.- “Elementos Personales del Derecho Tributario Administrativo”. Pág. 32.

y el sujeto pasivo (el contribuyente) no están vinculados por una relación de poder, sino jurídica y en una situación de igualdad.

Derecho Tributario Procesal.

A criterio del jurista Héctor Villegas “Derecho Procesal Tributario es el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional, cuyo objeto es dirimir las diversas clases de controversias que se relacionan con la materia tributaria”⁶.

El derecho procesal tributario es el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional, cuyo objeto es dirimir las controversias que se relacionan con la materia Tributaria. Su estudio debe basarse en las normas contenidas en el código orgánico Tributario, que regulan los procedimientos aplicables a las controversias que se deriven de la relación tributaria.

El Derecho Procesal Tributario es el conjunto de normas que regulan los procesos, tendientes a resolver las controversias que se pudieran presentar entre los contribuyentes y el fisco.

Afianzamiento Tributario en Ecuador.

La denominada Asamblea Nacional Constituyente de los años 2007-2008, atribuyéndose competencias que se encontraban al margen de las establecidas en su reglamento, crea, discute y aprueba la denominada “Ley Reformatoria Para la Equidad Tributaria en el Ecuador” en adelante LET, la cual se publicó en el Registro Oficial Suplemento No. 242 con fecha 29 de Diciembre de 2007, y que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2008.

La mencionada ley además de crear nuevos impuestos como el de salida de divisas al exterior (Art. 155) y a los ingresos extraordinarios provenientes de los recursos no renovables (Art. 164), reformó la Ley de Régimen Tributario

⁶ VILLEGAS Héctor V., “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario”, Ob. Cit., Pág. 449.

Interno y el Código Tributario, ambas elevadas al rango de leyes orgánicas. En este último cuerpo normativo, se introdujo a través de un artículo innumerado la figura del “afianzamiento”, tal como se lo señala en el título del artículo.

La figura del afianzamiento fue introducida en la Ley de Equidad Tributaria a través del artículo siete, como reforma al Código Tributario dentro del título segundo denominado “De la sustanciación ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal” y en el capítulo segundo denominado “Del trámite de las Acciones”. El texto del artículo siete es el siguiente: Art. 7.- A continuación del Art. 233 agréguese el siguiente: “(...).- Afianzamiento.- Las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse al Tribunal Distrital de lo Fiscal con una caución equivalente al 10% de su cuantía; que de ser depositada en numerario será entregada a la Administración Tributaria demandada.

La caución se cancelará por el Tribunal Distrital de lo Fiscal o Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia si la demanda o pretensión es aceptada totalmente, la que en caso de ser en numerario generará a favor del contribuyente intereses a la misma tasa de los créditos contra el sujeto activo. En caso de aceptación parcial el fallo determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al demandante y la cantidad que servirá como abono a la obligación tributaria; si la demanda o la pretensión es rechazada en su totalidad, la administración tributaria aplicará el valor total de la caución como abono a la obligación tributaria.

Esta caución es independiente de la que corresponda fijarse por la interposición del recurso de casación, con suspensión de ejecución de la

sentencia o auto y de la de afianzamiento para hacer cesar medidas cautelares y se sujetará a las normas sobre afianzamiento establecidas en este Código.

El Tribunal no podrá calificar la demanda sin el cumplimiento de este requisito, teniéndose por no presentada y por consiguiente ejecutoriado el acto impugnado, si es que dentro del término de quince días de haberlo dispuesto el Tribunal no se la constituyere”²⁷

Tal como se desprende de la propia LET, tanto los impuestos en ella creados, así como las reformas a la Ley de Régimen Tributario Interno y Código Tributario, entraron en vigencia a partir del 1 de enero de 2008, por lo que, en lo concerniente a la aplicación de la figura del afianzamiento, ésta entró a regir en todas las acciones y recursos que se presentaron ante los tribunales a partir de la mencionada fecha.

La palabra afianzamiento, utilizada por el asambleísta para la creación de la figura jurídica, proviene del verbo “afianzar”, el mismo que denota la idea de dar fianza, seguridad y garantía. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la palabra afianzar significa “Dar fianza por alguien para seguridad o resguardo de intereses o caudales, o del cumplimiento de alguna obligación”²⁸.

Por otra parte, el diccionario jurídico de Cabanellas, define al afianzamiento como el “Acto jurídico en virtud del cual se garantiza el cumplimiento de una obligación, constituyendo al efecto una fianza suficiente”²⁹.

Una característica importante a mencionar en la figura del afianzamiento tributario, es que el valor que la constituye además de representar un pago anticipado de la obligación tributaria sigue la suerte de la acción o recurso del

²⁷ LEY DE EQUIDAD TRIBUTARIA. Registro Oficial Suplemento No. 242 con fecha 29 de Diciembre de 2007. Art. 7

²⁸ <http://www.drae2.es/afianzar>

²⁹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1997, Pág. 28.

sujeto, es decir, que bajo el supuesto que el sujeto pasivo obtenga un resultado negativo en la presentación de la acción o recurso, el dinero depositado por concepto del afianzamiento formará parte de la determinación impuesta por la Administración Tributaria; por otro lado, si el sujeto pasivo obtuviera un resultado favorable, dicho anticipo a la determinación le será devuelta con sus respectivos intereses, tal como si se tratase de un pago indebido a un impuesto que hubiese efectuado el contribuyente.

7.- METODOLOGÍA.

7.1. Métodos.

Método.- Significa “camino hacia algo”, es el procedimiento o conjunto de procedimientos y de medios ordenados racionalmente para la demostración de la verdad o la obtención de resultados.

Los métodos a ser aplicados en el presente trabajo son: científico, deductivo, inductivo, dialéctico, histórico, analítico, sintético, comparativo, histórico, exegético, estadístico; los mismos que no son excluyentes en una investigación, esto es que pueden ser utilizados o combinados según el problema y los objetivos de la investigación.

El **método científico**, aplicado a las ciencias jurídicas, implica que determine el tipo de investigación jurídica a realizar; en el presente caso se trata una investigación socio-jurídica, que se concreta en una investigación del Derecho tanto con sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico; esto es, relativo al efecto social que cumple la norma o a la carencia de ésta en determinadas relaciones sociales o interindividuales.

El **método exegético** o análisis del Derecho. Exégesis; viene del griego *exegemai*, guiar, exponer, explicar, explicación o interpretación. Se asemeja a la **hermenéutica jurídica** de los textos normativos, esto es de disposiciones jurídicas.

Método deductivo, proviene de la palabra deducción proveniente del latín *deductio*, significa “sacar consecuencias”, por tanto, expresa la relación por medio de la cual una conclusión se obtiene de una o más premisas.

Método de Análisis consiste en una operación que se realiza con el propósito de conocer los principios o elementos del objeto que se investiga, para examinar con detalle un problema.

El análisis y la síntesis son dos actividades inversas entre sí; mientras una va del todo a la parte de lo uno a lo múltiple, la otra se dirige de la parte al todo, de lo múltiple a la unidad.

Método Comparativo.- Es el procedimiento que se realiza con la intención de encontrar semejanzas y diferencias entre dos o más objetos que se analizan.

Para el desarrollo de la investigación de campo, específicamente en la tabulación de los cuadros y gráficos de las encuestas emplearé el **método estadístico**.

Esta investigación será de tipo bibliográfica, documental, de campo participativo, informativo, histórico, descriptivo, que comprenderá el lapso de seis meses.

7. 2. Procedimientos y Técnicas.

Serán los procedimientos de observación, análisis y síntesis los que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico y documental; y, de técnicas de acopio empírico, como la encuesta y la entrevista.

La investigación de campo se concretará a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos

treinta personas para las encuestas entre abogados, funcionarios judiciales de la ciudad de Loja y cinco profesionales para las entrevistas entre Jueces Constitucionales y de lo Contencioso Tributario y Abogados; en ambas técnicas se plantearán cuestionarios derivados de la hipótesis.

Los resultados de la investigación se presentaran en tablas, barras o gráficos y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que servirán para la construcción del marco teórico y la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis y para arribar a conclusiones y recomendaciones.

7.3 Esquema Provisional del Informe Final.

El informe final de la investigación socio-jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 151 del Reglamento del Régimen Académico, que establece: Resumen en Castellano y Traducido al inglés; Introducción, Revisión de literatura; Materiales y Métodos; Resultados; Discusión; Conclusiones; Recomendaciones; Bibliografía; y, Anexos.

Sin perjuicio del cumplimiento de dicho esquema, es necesario que en éste acápite de metodología, se establezca un esquema provisional para el informe final de la investigación socio-jurídica propuesta, siguiendo la siguiente lógica: En primer lugar se concrete el acopio teórico, comprendiendo: a) Un marco teórico conceptual: Estado Constitucional de Derechos, Derecho a la Gratuidad al acceso a la justicia, Derecho Procesal Tributario, el Afianzamiento Tributario. b) Criterios doctrinarios sobre las antinomias, la ponderación de normas jurídicas; y, c) un marco jurídico; Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; Código Tributario.

En segundo lugar se sistematizará la indagación de campo o el acopio empírico, siguiendo el siguiente orden: a) Presentación y análisis de los

resultados de las encuestas; b) presentación y análisis de los resultados de las entrevistas.

En tercer orden vendrá la síntesis de la investigación jurídica, con la concreción de a) indicadores de verificación de los objetivos y de contrastación de las hipótesis; b) la deducción de conclusiones; y, c) el planteamiento de las recomendaciones o sugerencias, entre las que estará la propuesta de la reforma legal en relación al problema materia de la tesis.

8. CRONOGRAMA.

ACTIVIDADES 2014 - 2015	NOVIE				DICIEB				ENERO				FEBRER				MARZO				ABRIL				
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	
Selección de la problemática	X	X	X																						
Fase de definición del problema objeto de estudio			X	X																					
Indagación científica, problemática, marco referencial, justificación, hipótesis				X	X	X																			
Elaboración del proyecto de investigación jurídica							X	X																	
Culminación y presentación del proyecto									X																
Planificación del desarrollo del proyecto									X	X															
Acopio Científico de la información bibliográfica y empírico de la investigación de campo										X	X	X													
Análisis de la información											X	X	X												
Verificación de objetivos e hipótesis y concepto de las conclusiones, recomendaciones y propuestas jurídicas														X	X										
Elaboración de informe final															X	X	X	X	X						
Sesión Reservada																					X	X			
Defensa Pública y Graduación																						X	X		

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

9.1 Recursos Humanos.

Director de tesis: Dr. Sebastián Díaz Páez. Mg. Sc.
Entrevistados: 05 profesores conocedores de la materia.
Encuestados: 30 personas seleccionadas por muestreo.
Postulante: Alexander Wladimir Sánchez Montaña.

9.2 Recursos Materiales y Costos.

Materiales	Valor
Libros	100.00
Separatas de texto	100.00
Hojas	100.00
Copias	100.00
Internet	100.00
Levantamiento de texto, impresión y encuadernación	100.00
Transporte	100.00
Imprevistos	300.00
Total	1. 000.00

9.3 Financiamiento

Los costos de la investigación los financiaré con los recursos propios.

10. **BIBLIOGRAFÍA.**

- ❖ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid- España. 2007.
- ❖ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Bogotá, Editorial Temis. 1999.
- ❖ BURNEO, Ramón Eduardo. Derecho Constitucional. Corporación de Estudio y Publicaciones. Quito-Ecuador.2010.
- ❖ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1997.
- ❖ CÓDIGO ORGANICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2014.
- ❖ CÓDIGO ORGANICO TRIBUTARIO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2014.
- ❖ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2008.
- ❖ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Derecho de Familia, Editorial Calpe, Siglo XXI, año 2002, Madrid- España.
- ❖ GARCÍA TOMA, Víctor. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Arequipa-Perú. 2009.
- ❖ GUASTINI, Ricardo. Estudio sobre la Interpretación Jurídica. México 2000. Editorial Porrúa.
- ❖ GRAN DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO, Rimex, Editores Internacionales Rimex, Tercera Edición, año 2002, Bogotá- Colombia.

- ❖ HÄBERLE, Peter, El Estado Constitucional. Instituto de investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica No. 47. Lima Perú 2003.
- ❖ <http://www.drae2.es/afianzar>
- ❖ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2014.
- ❖ LEY DE EQUIDAD TRIBUTARIA. Registro Oficial Suplemento No. 242 con fecha 29 de Diciembre de 2007.
- ❖ MORENO RODRÍGUEZ, Víctor. Citado por, GARCÍA TOMA, Víctor. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Arequipa-Perú. 2009.
- ❖ PONCE DE LEÓN GARCÍA, Moris Carlos.- “Elementos Personales del Derecho Tributario Administrativo”.
- ❖ PRIETO SANCHIS, Luis. Apuntes de Teoría de Derecho. Madrid, Trota, 2005.
- ❖ VILLEGAS Héctor V., “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario”
- ❖ ZAVALA EGAS, Jorge. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica.

ÍNDICE

PORTADA	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN	2
ABSTRACT	4
3. INTRODUCCIÓN	5
4. REVISIÓN DE LITERATURA	10
5. MATERIALES Y MÉTODOS	65
6. RESULTADOS	68

7. DISCUSIÓN	84
8. CONCLUSIONES.....	92
9. RECOMENDACIONES	95
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	97
10. BIBLIOGRAFÍA	100
11. ANEXOS	106
INDICE	133