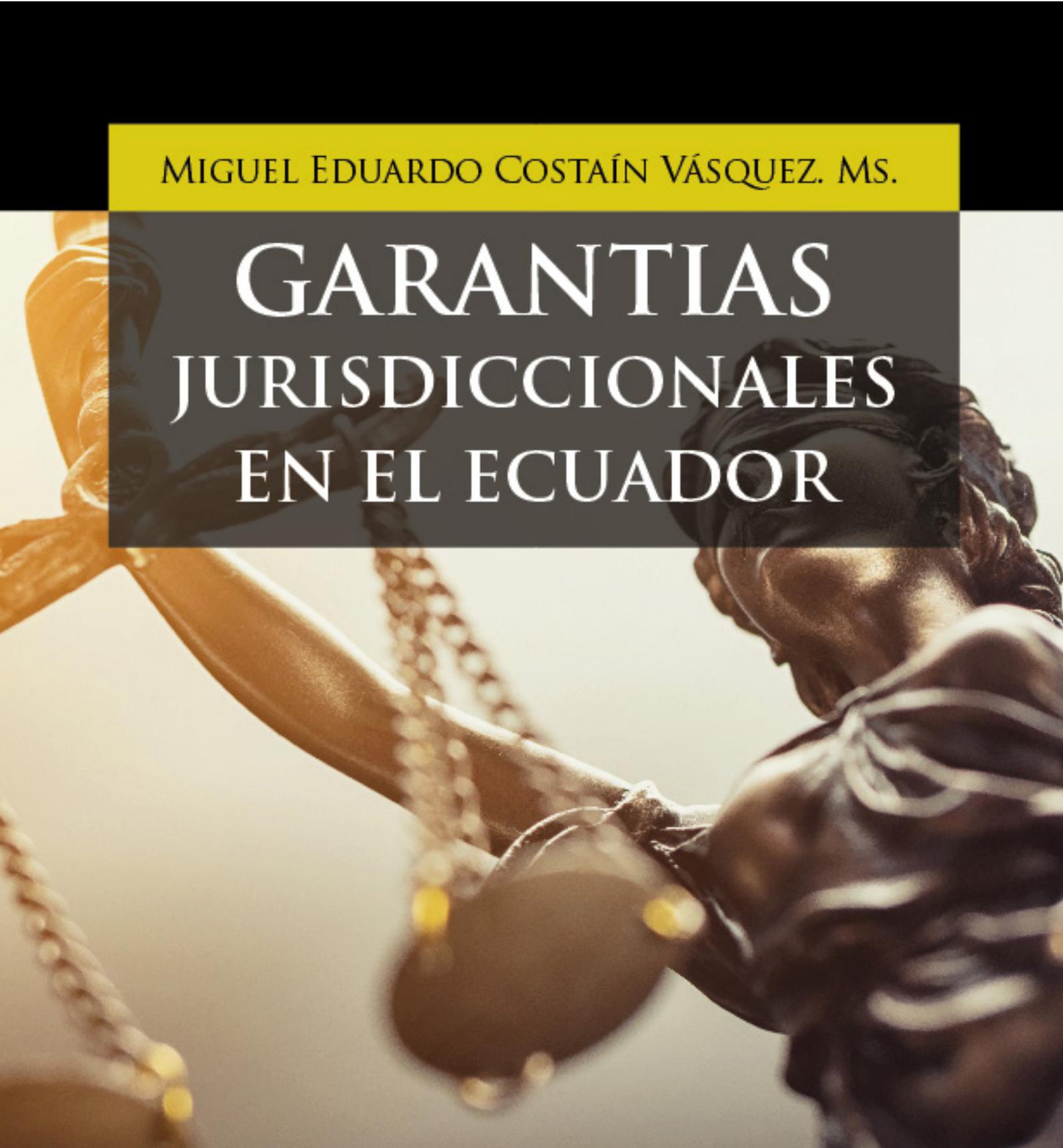


MIGUEL EDUARDO COSTAÍN VÁSQUEZ. MS.

GARANTIAS JURISDICCIONALES EN EL ECUADOR



MCV

MIGUEL COSTAÍN VÁSQUEZ

VINCULANDO LA ACADEMIA CON EL DERECHO

ColloQUIUM
Facultad - Centro de Formación

Miguel Eduardo Costain Vásquez. Ms.

GARANTIAS JURISDICCIONALES EN EL ECUADOR



Miguel Eduardo Costaín Vásquez. Ms.

GARANTIAS JURISDICCIONALES EN EL ECUADOR

Editado por Colloquium
ISBN: 978-9942-814-22-7
Primera edición 2019

© Miguel Eduardo Costaín Vásquez.
© Colloquium

La obra fue revisada por pares académicos antes de su proceso editorial, en caso de requerir certificación debe solicitarla a: sbores@colloquium-editorial.com.

Quedan rigurosamente prohibidas, bajo las sanciones en las leyes, la producción o almacenamiento total o parcial de la presente publicación, incluyendo el diseño de la portada, así como la transmisión de la misma por cualquiera de sus medios, tanto si es electrónico, como químico, mecánico, óptico, de grabación o bien de fotocopia, sin la autorización de los titulares del copyright.

Ecuador 2019

*A mis padres: Walther Miguel Costain Chávez
y María Leonor Vásquez Zavala. Obra aquí un
pequeño fruto de vuestro esfuerzo y dedicación.*

ÍNDICE

Prólogo	17
---------------	----

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1.1. El Modelo constitucional ecuatoriano	23
1.2. Antecedentes.....	24

CAPÍTULO II DERECHOS Y SUS DIFERENTES GENERACIONES

2.1. Derechos de primera generación.....	31
2.2. Derechos de Segunda Generación.....	31
2.3. Derechos de tercera generación.....	32
2.4. Derechos de Cuarta Generación	33
2.5. Derechos de Quinta Generación.....	34
Actuaciones consuetudinarias	35
Naturaleza de la información	37
Delitos vinculados a las redes sociales.....	39
Tipos de requerimiento ejecutados por Ecuador	46
Formato de las solicitudes	47
Sistema probatorio en delitos cometidos por medio de las redes sociales	47
¿Cómo entonces podemos armar un correcto sistema probatorio por la comisión de estos delitos mediante el uso de redes sociales?	49

**CAPÍTULO III
LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA Y
SU EVOLUCIÓN**

Poder Constituyente	53
Poder Constituido	53
3.1. El Estado de Derecho	54
3.2. Estado Social y Democrático de Derecho	54
3.3. Estado Constitucional de Derechos y Justicia	55

**CAPÍTULO IV
EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

Objeto	59
Definiciones	59

**CAPÍTULO V
PRINCIPIOS PROCESALES**

5.1. Debido Proceso.....	63
5.2. Aplicación directa de la Constitución	63
5.3. Gratuidad de la Justicia Constitucional	63
5.4. Inicio por Demanda de Parte.....	63
5.5. Impulso de Oficio.....	64
5.6. Dirección del Proceso	64
5.7. Formalidad Condicionada	64
5.8. Doble Instancia.....	64
5.9. Motivación	65
5.10. Comprensión Efectiva	65
5.11. Economía Procesal.....	65
5.12. Publicidad.....	66
5.13. <i>Iura Novit Curia</i>	66
Principio de congruencia y su aplicación junto al principio de <i>iura novit curia</i> en el derecho penal	67
Congruencia genérica.....	67

Congruencia específica.....	68
Congruencia en Ecuador	68
5.14. Subsidiaridad	70

CAPÍTULO VI
MODELOS O SISTEMAS DE JURISDICCIÓN
CONSTITUCIONAL Y CONTROL
CONSTITUCIONAL

6.1. Sistemas de Control Constitucional a nivel mundial	75
Según el órgano que ejerce el control:	76
Sistema de Control Concentrado.....	76
Sistema de Control Difuso.....	76
Según la acción planteada:	78
Control Concreto	78
Control Abstracto	78
6.2. Sistemas de Control Constitucional en el Ecuador	78
Según el Órgano:	79
Eliminación del sistema difuso en el Ecuador	79
Control Concentrado en el Ecuador	80
Según la acción:	81
Sistema de Control Concreto en el Ecuador	81
Análisis de sentencia No. 00-13-Sep-SCN- CC. Caso No. 0535-12-CN. Criterios que deben ser observados por las Juezas y Jueces al momento de elevar consulta de norma.....	81
Sistema de Control Abstracto en el Ecuador.....	83

CAPÍTULO VII
PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD

Concepto de Ponderación	87
Concepto de Proporcionalidad	87
Características de la ponderación	87
7.1. Reglas vs. Principios.....	88

ÍNDICE

7.2. Fórmula de la ponderación (Diseño de Robert Alexy)	89
7.3. Análisis de sentencia No. 002-09-SAN-CC sobre la Ponderación en el Ecuador	91

CAPÍTULO VIII SISTEMA DE PRECEDENTES

8.1. Jurisprudencia vinculante.....	97
8.2. Precedente obligatorio	97
8.3. Precedente no obligatorio	98
8.4. Estructura	98
8.5. Efectos de la sentencia.....	99
Erga Omnes.....	99
Inter partes.....	100
Inter pares.....	100
<i>Inter comunis</i>	101

CAPÍTULO IX NORMAS COMUNES EN ACCIONES TUTELARES

9.1. Competencia.....	105
Análisis de la Sentencia No. 006- 17 – SCN- CC. Caso No. 0011- 11- CN Sobre la recusación del Juez	107
9.2. La demanda	109
Análisis de la sentencia No. 170-17-SEP-CC. Caso No. 0273-14-EP Sobre la legitimación activa abierta	110
9.2.1. Contenido de la demanda.....	111
9.2.2. Calificación de la demanda	112
9.2.3. Notificación.....	113
9.3. La audiencia.....	113
Análisis de la sentencia No. 029-14-SEP-CC	114
Inaplicabilidad del Desistimiento Tácito	114
9.3.1. Comparecencia de terceros	115
Amicus Curiae	115

9.3.2. Desarrollo de la Audiencia	116
Preinstalación de la audiencia	117
El rol del Juez en la preinstalación de la audiencia	117
Instalación de la audiencia	117
Dinámica de la audiencia	118
9.4. Medios de prueba en garantías jurisdiccionales	119
Las versiones	119
El documento	120
Las comisiones especializadas	121
Sistema de interrogatorio y contrainterrogatorio.....	122
9.5. Reglas de valoración de la prueba en materia constitucional	123
9.6. La sentencia	125
9.7. Reparación integral	126
Análisis de sentencia No. 004-13-SAN-CC. Caso No. 0015-10-AN. Reparación integral por vía contenciosa administrativa.....	126
9.8. La Apelación	131
Efectos de la apelación	132
Análisis de sentencia No. 045-13-SEP-CC. Caso No. 0499-11-EP. Términos para apelar en Garantías Jurisdiccionales	132
Análisis de la sentencia No. 001-10-PJO-CC. Caso No. 0999- 99-JP. Sobre la interposición del recurso de apelación	136

CAPÍTULO X
GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS
DERECHOS CONSTITUCIONALES

10.1. Acción de protección	141
Concepto	141
Criterios de la Corte Constitucional con relación a la acción de protección	142
Requisitos de la demanda.....	144
Análisis de sentencia No. 102-13-SEP-CC. Caso No. 0380-10-EP. Modulación del art. 42 respecto a las causales de improcedencia e inadmisión	146

ÍNDICE

Procedibilidad	149
Análisis de la sentencia No. 0016-13-SEP-CC. Caso No. 1000-12-EP. Vías para resolver la violación de Derechos Constitucionales e Infra constitucionales.	151
Apelación de la Sentencia.....	154
Medidas cautelares	154
Concepto	154
Tipos	155
Medida Cautelar Conjunta.....	155
Forma de presentación y resolución.....	155
Medida Cautelar Independiente	156
Forma de presentación y resolución.....	156
Diferencia entre la acción de protección con medida cautelar conjunta y la acción de medidas cautelares individuales o independientes.....	157
Análisis de sentencia No. 034-13-SCN-CC. Caso No. 0561-12-CN. Procedencia y alcance de las medidas cautelares.....	159
Características de las medidas cautelares	160
Revocabilidad de las medidas cautelares.....	161
La medida cautelar revocada	162
10.2. Acción de hábeas corpus	162
Concepto	162
Características y Modalidades	162
Hábeas corpus correctivo o reparador.....	163
Hábeas corpus preventivo	163
Competencia.....	164
Análisis de la sentencia No. 239-15-SEP-CC. Caso No. 0782-13-EP. Competencia especial en el Hábeas Corpus	164
Criterios sobre legalidad, legitimidad y arbitrariedad de la prisión o detención	167
Procedimiento	169

Análisis de sentencia No. 247-17 SEP- CC. Caso No. 0012-12-EP. Hábeas Corpus para mujeres en estado de gestación.....	170
10.3. Acción de hábeas data.....	171
Definición.....	171
Finalidad	172
Objeto	172
Análisis de la sentencia No. 182-15-SEP-Caso No. 1493-10-EP. Sobre la naturaleza, contenido y alcance de la acción de Hábeas Data.....	174
Análisis de la sentencia No. 001-14-PJO-CC. Caso No. 0067-11-JD. Sobre el alcance de la acción y legitimación activa de las personas jurídicas	175
Vulneraciones alegadas.....	176
10.4. Acción de acceso a la información pública.....	178
¿Qué información no es pública?	179
Según su naturaleza.....	179
Según la materia.....	180
10.5. Acción por y de incumplimiento	182
10.5.1. Por incumplimiento	182
Definición.....	182
Requisito.....	183
Procedimiento	183
10.5.2. De Incumplimiento.....	185
Análisis de sentencia No. 071-15-SEP-CC. Caso No. 1687-10-EP. Declaratoria de incumplimiento de sentencia de acciones consti- tucionales y proceso de daños y perjuicios por el persistente in- cumplimiento de la decisión constitucional	186
Análisis de Sentencia No. 006-13-SIS-CC. Caso No. 0053-12-IS. Omisiones en la aplicación y ejecución oportuna del fallo (ineje- cutabilidad de la sentencia)	189
Análisis de Sentencia No. 001-10-PJO-CC. Sobre la Facultad Administrativa para ejecutar destituciones de los Jueces Constitu- cionales respecto a la responsabilidad de funcionarios.....	191

ÍNDICE

10.6. Acción extraordinaria de protección	192
Definición.....	193
Requisitos	193
10.6.1. Acción extraordinaria de protección en justicia indígena ..	194
Procedimiento	195
Análisis de la sentencia No. 113-14SEP-CC. Caso No. 0731-10-EP. Sobre la Justicia Indígena en el caso La Cocha.....	195

CAPÍTULO XI RESPONSABILIDAD, REPETICIÓN Y ABUSO DEL DERECHO

Definición.....	201
Tipos de Repetición:.....	201
Abuso del Derecho	202

CAPÍTULO XII REGLAS JURISPRUDENCIALES Y SENTENCIAS DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

Análisis de sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso No. 0445-11-EP. Sobre la estabilidad laboral de personas portadoras de VIH o en- fermas de SIDA.....	205
Análisis de la sentencia No. 141-18-SEP-CC. Caso No. 0635- 11-EP. Sobre la inexistencia del delito de prevaricato en Jueces de Garantías Jurisdiccionales	209
Análisis de la Sentencia No. 11-18-CN/19. Caso No. 11-18-CN. Sobre el Matrimonio Igualitario.....	212
Bibliografía	217

PRÓLOGO

Mi propósito es describir al lector lo que encontrará en la lectura de esta obra escrita por un joven jurista ecuatoriano que ha decidido incursionar en el campo del Derecho Procesal Constitucional que, en nuestro país, encuentra su contenido en la Constitución de 2008, sin dejar de reconocer la existencia de instituciones más antiguas que, a pesar de su naturaleza constitucional, no llegaron a ser parte de un verdadero derecho procesal, tal como hoy se ha llegado a configurar.

El autor nos introduce en el contexto que desarrolla sus conceptos, reconstruyendo lo que él denomina, en el *Capítulo I*, el “*Modelo constitucional ecuatoriano*”, explicando que el mismo se diseña por la Constitución de la República que está integrada por sus partes dogmática y orgánica, siendo la primera continente de los derechos y sus garantías, mientras que en la siguiente realiza la estructura del Estado, enuncia sus elementos que lo funda en la doctrina contractualista y sus vertientes históricas.

A continuación, en el *Capítulo II*, Miguel CONSTAIN aborda el tema de los derechos y su tradicional clasificación generacional comenzando por los primigenios derechos a la vida y a la libertad (primera generación), siguiendo con los de naturaleza económica, social y cultural (segunda generación), tocando el turno luego a los referidos a la naturaleza y al medio ambiente (tercera generación), proponiendo enseguida los derechos a la información mediante el uso de las nuevas tecnologías (cuarta generación) y, finalmente, los que surgen dentro del espacio comunicacional creado por las redes sociales (quinta generación) a las que define el autor: “*Las redes sociales son sitios de internet que permiten a las personas generar información y compartirla con el mundo y a su vez es factible replicar información de terceros (...). Ahora bien, si nos referimos a redes sociales, nos referimos a información, la misma que podrá ser personal o de terceros*”.

En este punto el autor realiza un excursus y se dedica a definiciones sobre temas propios de la información que se divulga por redes sociales y del aspecto jurídico-penal de las conductas que utilizan las redes sociales entre las que menciona la violación a la intimidad (Art. 178 COIP), la circulación de información restringida (Art. 233 *idem*) y la revelación ilegal de las bases de datos (Art. 229 *ibidem*) y realiza un ensayo sobre los elementos típicos de cada una de estas realizaciones delictivas, incursionado en el campo procesal penal y las técnicas usadas para la investigación de este tipo de delitos.

La Constitución desde el punto de vista normativo es el tema del *Capítulo III*; en su desarrollo parte de las obligadas definiciones de poder constituyente y poder constituido, realizando el desarrollo histórico del Estado de Derecho sobre la base de las normas de las distintas constituciones vigentes en el país.

En el *Capítulo IV* entra CONSTAIN a lo nuclear del trabajo que es el derecho procesal constitucional al cual lo encabeza diciendo que “*El Derecho Procesal Constitucional tiene por objeto realizar un análisis científico, desde la perspectiva de la teoría o doctrina general del proceso o del derecho procesal de las garantías constitucionales establecidas en la Carta Magna*”.

En el *Capítulo V*, revisa nuestro autor varios principios procesales tales como “*debido proceso*”, “*aplicación directa de la Constitución*”, “*gratuidad de la justicia constitucional*”, “*formalidad condicionada*”, “*doble instancia*”, “*motivación*”, “*comprensión efectiva*”, “*economía procesal*”, “*publicidad*”, “*iura novit curia*”, “*congruencia*”, “*subsidiariedad*”, concluyendo con una sintética exposición sobre la cuestión de la interpretación constitucional.

Los sistemas de control constitucional se abordan en el *Capítulo VI*, tanto el concentrado como el difuso, así como el abstracto y el concreto son abordados con precisión y suficiencia, realizando la útil exposición que desarrolla sobre la Sentencia No. 00-13-Sep-SCN- CC. Caso No. 0535-12-CN, la cual determina que para que una consulta de norma dentro del control concreto de constitucionalidad sea considerada adecuadamente motivada debe basarse en 3 ejes imprescindibles:

1. Cuál es el enunciado normativo cuya constitucionalidad se consulta.
2. Principios constitucionales que se presumen violados.
3. Explicación fundamentada de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto a la decisión de un caso en concreto.

Aborda, Miguel, en el *Capítulo VII* el tema de la ponderación y la proporcionalidad, adicionalmente la conceptualización del Derecho como sistema construido sobre la base de reglas y principios, asienta y destaca el antecedente jurisprudencial contenido en la Sentencia No. 002-09-SAN-CC, sobre la fórmula de la ponderación en el Ecuador.

En el *Capítulo VIII*, el investigador realiza un interesante estudio sobre los precedentes constitucionales, partiendo de su matriz en el sistema jurídico anglosajón hasta llegar al sistema ecuatoriano del precedente vinculante.

Comienza el autor el *Capítulo IX*, en el parágrafo que denomina “*Normas comunes en acciones tutelares*” afirmando que la “*finalidad de las acciones tutelares es la protección de derechos constitucionales fundamentales, sin embargo, salvaguar-*

dan los derechos que no se encuentren establecidos en la carta fundamental de un determinado país, con la condición de que dichos derechos sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública y pretendiendo que el proceso sea rápido, sencillo y eficaz”, donde realiza un pormenorizado análisis de los requisitos legales de toda garantía jurisdiccional desde la demanda y subsiguientes actos procesales, anotando precedentes jurisprudenciales de cada uno. Son de importancia las reflexiones que realiza sobre la valoración de la prueba en materia constitucional, dentro de las cuales sostiene que puede establecer las siguientes reglas:

- a. Antes de la presentación de la acción, el accionante tiene la carga de la prueba, indistintamente a quien demande, según lo expresa en artículo 10 numeral 8, donde establece que la demanda deberá contener los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tenga como resultado la violación de Derechos Constitucionales.
- b. Si el accionado es una institución del Estado, se invierte la carga de la prueba.
- c. Si el accionado es un particular alegando discriminación o temas medio ambientales, también se invierte la carga de la prueba.
- d. En el resto de los casos, el accionante mantiene su carga de la prueba.

Así llega Miguel hasta el análisis de la sentencia y la pretendida reparación integral de la(s) víctimas de la vulneración del derecho fundamental, comentando la Sentencia No. 004-13-SAN-CC. Caso No. 0015-10-AN (Reparación integral por vía contenciosa administrativa), prosigue con el recurso de apelación, requisitos y efectos.

En el *Capítulo X* expone el contenido de cada una de las garantías jurisdiccionales previstas en nuestra Constitución citando doctrina y jurisprudencia atinente a la vigencia en el Ecuador de cada una, incluidas las medidas cautelares conjuntas o independientes de la acción de protección; igual sobre el hábeas corpus. Interesante resulta la configuración de las dimensiones del hábeas data que elabora el autor:

- Hábeas data informativo (Derecho de acceso): Esto es la información que se asume para conocer los motivos por los cuales se obtuvo la información considerada personal.
- Hábeas data aditivo (Derecho de modificación): Busca agregar más datos a lo ya existente.
- Hábeas data correctivo (Derecho de corrección): Permite rectificar la información existente por no ser la correcta.

- Hábeas data de reserva (Derecho de confidencialidad): Permite que la información sea únicamente entregada a quien tenga autorización para recibirla.
- Hábeas data cancelatorio (Derecho de exclusión de información sensible): En los casos en que exista información que no convenga se compile, se hará uso de esta acción para desecharla.

Prosigue el autor con la acción para el acceso a la información pública mediante “*la que podemos conocer cualquier tipo de información de carácter público, en la que el sujeto pasivo propiamente será el Estado y la competencia para conocerla la tendrá el Juez de Primer Nivel. Protege y precautela que la ciudadanía como tal, tenga derecho a conocer información de carácter público, excepto si afecta derechos*”.

Explica la acción *de* incumplimiento diferenciándola de la acción *por* incumplimiento en un amplio desarrollo doctrinario y con cita de jurisprudencia ecuatoriana nacida de la Corte Constitucional.

Posteriormente, el autor inicia el estudio de la acción extraordinaria de protección y la específica para los casos de justicia indígena desarrollando el contenido de la Sentencia No. 113-14SEP-CC. Caso No. 0731-10-EP. (Sobre el caso La Cocha).

Concluido el desarrollo de las garantías jurisdiccionales en el *Capítulo XI* desarrolla el tema de la repetición como acción contra los servidores públicos que, por acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones vulneraron derechos constitucionales de los particulares.

Finalmente, en el *Capítulo XII* nos hace una recensión de fallos expedidos por la Corte Constitucional ecuatoriana que nos ilustran sobre conceptos dogmáticos y procedimientos necesarios para nuestra praxis jurídica.

En definitiva, como se puede apreciar de la apretada síntesis explicativa realizada, es una obra con un temario ambicioso por su completitud que la tornará, seguro estamos, en obra de obligatoria consulta para todos aquellos que transitamos académica o profesionalmente por los cauces del derecho procesal constitucional.

Su lectura motiva a la profundización de los temas y sugiere reformas a la normativa vigente, lo cual la hace una obra idónea y útil para el foro jurídico nacional e internacional.

Guayaquil, 07 de diciembre de 2019

Doctor Jorge Zavala Egas
Magister en Derecho Constitucional

CAPÍTULO I
INTRODUCCIÓN AL DERECHO
PROCESAL CONSTITUCIONAL



1.1. El Modelo constitucional ecuatoriano

Para iniciar, se puede definir a la Constitución como una norma máxima, y este carácter de norma máxima, tiene precisamente una característica esencial, esto es, el hecho de que ninguna norma infra constitucional la pueda contradecir.

Por regla general una Constitución tiene dos partes, una parte dogmática en la cual encontramos un catálogo de derechos y garantías y una parte orgánica, donde se establece el sistema de gobierno y la organización del poder del Estado.

La Constitución del Ecuador de 2008 se divide en dos partes:

- **Dogmática:** Comprende los Principios, Derechos y Garantías establecidos en la carta fundamental.
- **Orgánica:** Comprende la Organización del Estado (funciones).

Claro está que la Constitución es solo un elemento constitutivo del Estado, pues no se concibe la existencia de un Estado carente de un sistema de gobierno sujeto a una constitución.

El término “Constitución” en sentido de “acto solemne determinante de la estructura fundamental y del poder organizado en el ámbito de una sociedad estatal” se usa por primera vez para designar la Carta Política Norteamericana de 1786¹ (CASAVERDE, 2013).

Posteriormente, Francia se incorpora al mundo de la Constitución escrita tras la Revolución, con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y con la Constitución de 1791. De este país, la Constitución se extenderá al continente europeo a lo largo del siglo XIX. Como se puede constatar, la Constitución escrita es un fenómeno relativamente reciente en la historia de la organización de las sociedades humanas (CASAVERDE, 2013).

Una Constitución precede al gobierno, pero este último es únicamente la creación de la Constitución. La Constitución de un país no es un acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye un gobierno, diría Thomas Paine en “The rights of man”² (PÉREZ, 2010).

1 CABALLERO SIERRA, G./ANZOLA GIL, M., *Teoría Constitucional*. Temis. Bogotá. 1995, pp. 3-4.

2 PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional, El concepto de Constitución*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid. 2010, p. 69.

CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE acota que, en nuestro tiempo una Constitución no es un instrumento de gobierno sino un instrumento de la soberanía popular. Su contenido no se agota en lo político, sino que se extiende también a lo social, cultural, económico, etcétera (FLORIT, 2009).

A partir de estos conceptos, podríamos definir cuáles son los principales elementos constitutivos de un Estado:

- **Territorio:** Constituye una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, legado de nuestros antepasados y pueblos ancestrales. Este territorio comprende el espacio continental y marítimo, las islas adyacentes, el mar territorial, el archipiélago de Galápagos, el suelo, la plataforma submarina, el subsuelo y el espacio suprayacente continental, insular y marítimo.
- **Población:** Es el conglomerado humano que habita en el territorio del Estado, distribuido en espacios cultural y geográficamente determinados y sus miembros en forma individual o grupal.
- **Soberanía:** Capacidad de autogobernarse o auto delimitarse.
- **Poder (Constitución):** Capacidad de una agrupación para desarrollar sus propósitos circunstanciales o estratégicos.

El Modelo constitucional ecuatoriano de la Carta Magna de 2008, se fundamenta en puntos relevantes como:

- Democracia participativa o democracia directa.
- Los derechos humanos en la estructura constitucional.
- El rol de los Jueces en el modelo constitucional.
- Sistema de garantía de los derechos constitucionales.
- El Estado ecuatoriano plurinacional reconocido por la Constitución.

1.2. Antecedentes

El Contrato Social: Teoría contractualista

Podemos dividir a la Teoría contractualista de la siguiente manera:

En primer lugar, se debe reconocer la autoría de THOMAS HOBBS referente a la fábula del bosque; esto quiere decir que, acorde a lo citado por HOBBS en algún momento de la historia de la humanidad, las personas se cuestionaron sobre la divinidad o no de los monarcas y se buscó algún sistema que permita generar un divorcio entre la divinidad y el mandato de estos monarcas.

Siendo así, HOBBS, narra que todas las personas integrantes de la comunidad debatieron sobre este punto y para hacerlo se apartaron a un lugar amplio del bosque y decidieron tomar la siguiente decisión: el monarca sería considerado como tal no por una imposición divina, sino porque todos los integrantes de esta comunidad decidirían ceder parte de su libertad para que una persona gobernara los destinos de determinada nación, pero ese gobernante se le denominaría como un monarca o como un rey.

Este postulado es uno de los más importantes en la historia del Derecho Constitucional, pues marca un antes y un después con relación a la vigencia del pensamiento divino sobre las decisiones de los monarcas; en síntesis, podríamos indicar que desde este postulado se marca un divorcio entre la divinidad de los reyes y la futura soberanía de los pueblos.

Los dichos y el pensamiento de HOBBS fueron expuestos en la obra denominada “Leviatán” publicada en 1651. Donde el autor empezó por explicar el origen del Estado, para lo cual afirmó que el hombre es, por su natural condición, un ser egoísta, insociable, animado de un deseo perpetuo e insaciable de poder. [...] la convivencia humana es, en esas condiciones, un incesante estado de guerra de todos contra todos en el que, alternadamente, el fuerte se impone al débil por la fuerza y el débil al fuerte por la astucia. A esta permanente condición de guerra, [...] Hobbes la denominó “Estado de naturaleza” (BORJA, 1997).

En esta teoría se sostiene que, el hombre ya no va a obrar a su libre albedrío, sino lo hará respetando las convenciones establecidas al momento en que se creó el Estado; además, en su actuar va a prevalecer la razón de ser en la comunidad estatal que la integra como miembro social.

La concepción del contrato social admite el “estado de naturaleza”, en el cual los hombres se encuentran independientemente de toda relación social; es decir, no existe una sociedad propiamente dicha (CASAVARDE, 2013).

El segundo postulado dentro de esta teoría contractualista lo encontramos con el pensamiento de John Locke en una obra denominada “The standing rules” en la cual, el autor reconoce la existencia del postulado de Hobbes, de igual forma reconoce el divorcio existente entre la autodeterminación de los hombres y la divinidad del rey; sin embargo, agrega que este monarca o el rey necesariamente debe obedecer ciertos sistemas normativos plasmados en alguna carta, la cual años después sería considerada como una Constitución.

Otro de los principales aportes realizados por este autor dentro de su obra las podemos encontrar que, en esa condición (entiéndase la de Estado de Naturaleza), no hay lugar para la industria, porque el fruto de ella es incierto y por lo tanto no hay cultura de la tierra, no hay navegación, ni edificios cómodos,

ni conocimientos sobre la faz de la tierra; no habrá medida del tiempo, ni artes, ni letra, ni sociedad; y lo que es peor de todo, un miedo continuo y peligro de muerte violenta³.

Finalmente, la teoría contractualista se complementa con el pensamiento de JUAN JACOBO ROUSSEAU, quien indica que lo expuesto por HOBBS es correcto al igual que los límites impuestos por LOCKE hacia los monarcas; sin embargo, este autor indica que la soberanía siempre radica en el pueblo, es decir, que el pueblo es el único capaz de autogobernarse y auto delimitarse.

Con estos conceptos se complementa una de las teorías básicas dentro del Derecho constitucional y su importancia radica precisamente en que el poder tanto para la generación de la propia Constitución como tal, como para su eventual modificación (con ciertas diferencias dentro del derecho actual) será necesaria la voluntad del soberano.

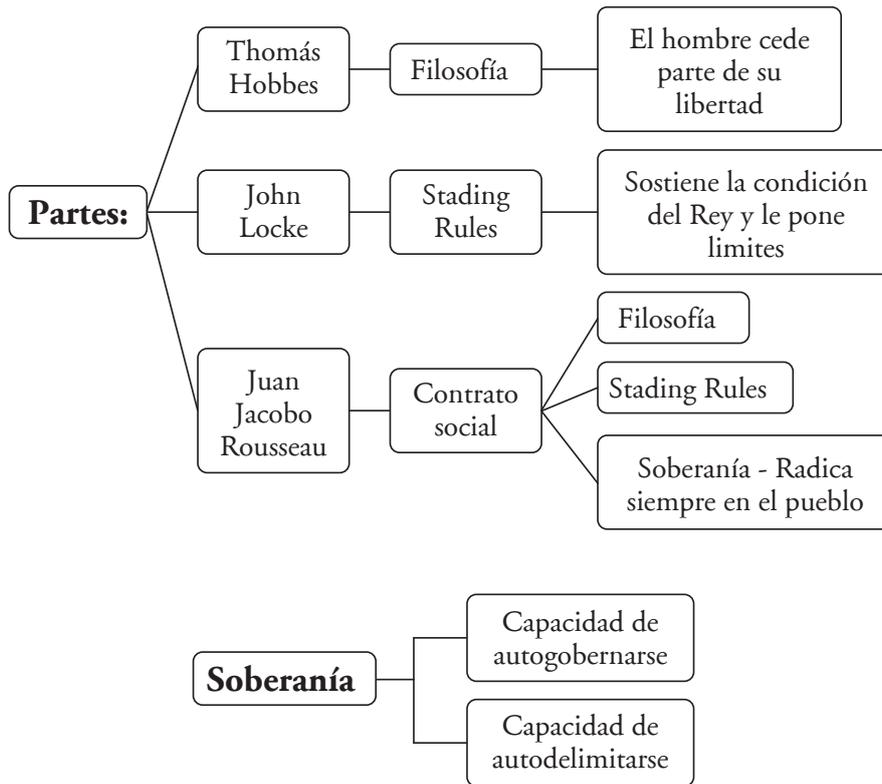
Dentro de la obra denominada: “El contrato social” publicada en 1762, también encontramos conceptos en que se detalla que el hombre en su necesidad de superar el estado de naturaleza “intentó constituir una asociación política basada en el renunciamiento voluntario del derecho absoluto que cada individuo tenía sobre las cosas y creó un poder soberano situado por encima de todos los hombres que no podía ser resistido”, esto es, el contrato, de este modo podemos observar que Hobbes “fundó la soberanía en el contrato social y la entendió como la capacidad que posee el gobernante para decidir por sí solo, en última y definitiva instancia, sobre los asuntos de Estado” (BORJA, 1997).

Ante la necesidad, estos seres humanos convienen en unirse a fin de llevar acabo ciertos intereses en común. Por ende, renuncian a la naturaleza primitiva, integrando de esta manera a la sociedad y al Estado.

En ese sentido, podemos sostener que, en la formación del Estado, el hombre pacta para bien o para mal el establecimiento y asentimiento de ciertas reglas sociales. La necesaria presencia del Estado, con el fin de poner orden social, es necesidad humana, por ello la convivencia provista de un pacto social no priva la libertad, sino la regula en relación con los demás miembros de la sociedad, con el fin de brindar tranquilidad y utilidad pública (CASAVARDE, 2013).

3 HOBBS, T., *Del Ciudadano y Leviatán* (traducción de Enrique Tierno Galván). Tecnos. Madrid, 2005.

GARANTÍAS JURISDICCIONALES EN EL ECUADOR



CAPÍTULO II
DERECHOS Y SUS DIFERENTES
GENERACIONES



Como se mencionó anteriormente, una Constitución es la norma suprema de un Estado y que lógicamente a más de consagrar derechos y garantías (parte dogmática), organiza a su vez el poder estatal.

Dentro de su parte dogmática, la Constitución de la República define varios tipos y generaciones de derechos. Es importante a su vez indicar que, los derechos siempre serán de igual jerarquía y todos sin excepción son justiciables; sin embargo, históricamente no siempre existieron estos conceptos, pues en los inicios del Derecho Constitucional, los derechos fueron clasificados por generaciones.

2.1. Derechos de primera generación

La primera generación de derechos reconocidos en las diferentes constituciones fueron los denominados como civiles y políticos; derechos que alcanzaron su máximo reconocimiento a raíz de la Revolución francesa y con la proclamación de los derechos del hombre. Sobre este particular es conveniente citar lo siguiente:

Por tratarse de los reconocidos inicialmente en el tiempo, esencialmente son los derechos civiles y políticos, tales como el derecho a la vida, a la integridad o a la libertad.

Están vinculados al principio de libertad y su característica fundamental viene determinada porque exigen de los poderes públicos su inhibición y no injerencia en la esfera privada.

La primera generación surge con el *Bill of Rights* de los nuevos EE.UU. y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de la Revolución francesa. En el derecho internacional están recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

La Constitución española de 1978 se inspira en ellos, los recoge como derechos fundamentales de los ciudadanos y son la fundamentación de un Estado de derecho democrático (MADURGA, 2015).

2.2. Derechos de Segunda Generación

La segunda generación de derechos es la que se encuentra compuesta por los denominados derechos económicos, sociales y culturales, los cuales aparecen

con posterioridad a los derechos civiles y políticos, no por menor importancia, sino, por cuanto la evolución de estos derechos se produce en otra época de la humanidad.

Por su parte, los derechos sociales se podrían definir según lo expuesto por GARCÍA TOMA, como aquellas facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas en relación a otros, por factores culturales, o que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales [o sea, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida no acordes con la dignidad humana].

Finalmente, con relación a los derechos culturales, VÍCTOR GARCÍA TOMA los define como aquellas facultades que permiten a la persona acceder a [... los aspectos cualitativos del mundo reflejados en los] bienes de la educación, el arte y la cosmovisión cultural en un Estado pluriétnico y pluricultural⁴ (GARCÍA TOMA, 2013).

Por un lado, debemos destacar que nuestra Constitución es una de las más actuales de Latinoamérica, ya que consagra derechos de tercera y cuarta generación.

2.3. Derechos de tercera generación

Los derechos de tercera generación podríamos indicar que en la actualidad no son derechos nuevos, pues estos datan ya de hace muchos años. Básicamente los derechos de tercera generación tratan sobre todo lo relacionado al medio ambiente y la naturaleza.

Ya en la Constitución de 1998, se establecía que las personas tenían derecho a un medio ambiente sano; sin embargo, la principal modificación en la Constitución actual es precisamente la evolución y el traslado en la titularidad de esos derechos desde el ciudadano hacia la propia naturaleza; eso quiere decir, que en la actualidad la naturaleza es sujeto de derechos, no en vano, la Constitución de la República del Ecuador en su articulado indica lo siguiente: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda”.

4 GARCÍA TOMA, V., *Derechos Fundamentales, La clasificación de los derechos fundamentales*, Adrus. Arequipa – Perú. 2013, p. 45.

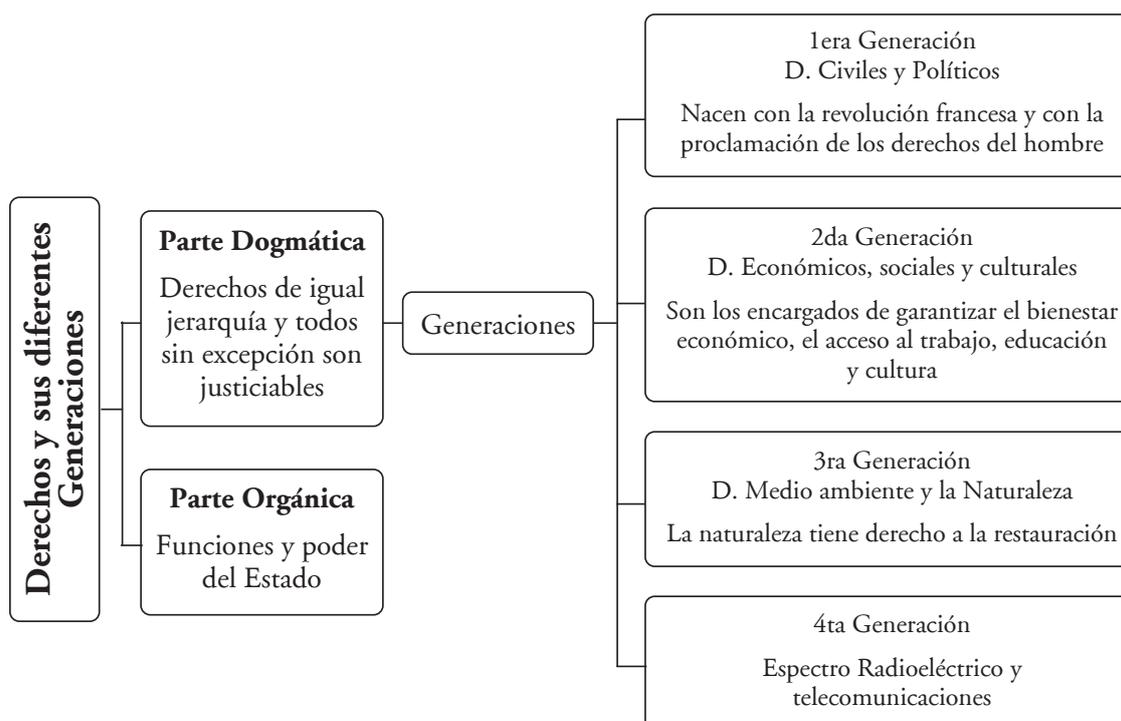
El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

En la actualidad, hablamos incluso de derechos de cuarta generación. Estos derechos tampoco son de data reciente puesto que ya se habla de su titularidad hace varios años.

2.4. Derechos de Cuarta Generación

Concretamente, la cuarta generación de derechos versa sobre el denominado espectro radioeléctrico y sobre las telecomunicaciones.

Con la revolución tecnológica de finales del siglo XX y principios del XXI y la consecuente aparición de la sociedad del conocimiento, ha resultado necesaria la creación de una nueva generación de derechos humanos relacionados directamente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICS) y su incidencia en la vida de las personas. En esta nueva etapa de la humanidad, las libertades y derechos se han introducido en el espacio digital, lo que ha provocado que por parte del Estado su reconocimiento y protección constituya un reto del sistema jurídico (DIMAS, 2017).



Ahora bien, una nueva tendencia dentro del Derecho constitucional a criterio del autor, es la titularidad de ciertos derechos relativos a la conectividad

móvil y al mundo virtual previsto dentro de las redes sociales. Derechos a la intimidad y también a la libertad de expresión que representan ciertos sistemas que, a la larga puedan afectarse entre sí, necesitando una regulación con rango constitucional, lo cual se tratará en otras obras futuras.

2.5. Derechos de Quinta Generación

Redes Sociales: ¿una quinta generación de derechos?

Si bien es cierto, el uso de la tecnología es tan inevitable como necesaria en la actualidad, el erróneo manejo de la misma en algunos campos acarrea diversas consecuencias; tal es el caso, de las redes sociales.

Varios fenómenos se suman en esta realidad virtual, a tal punto que de forma paralela –incluso– en el ámbito judicial, se nota una situación innegable: la mediatización del Sistema de Justicia y un campo de litigio paralelo y totalmente ajeno al proceso.

Entonces nos planteamos la siguiente interrogante: Las redes sociales y el acceso a este mundo virtual, ¿puede representar una quinta generación de derechos?

De manera general, podemos definir a las redes sociales como aquellos instrumentos que facilitan el intercambio de comunicación y relaciones entre diversos puntos del mundo, dando paso a una evidente exposición del ámbito personal, mediante información privada (fotos, videos, entre otras).

Las redes sociales son sitios de internet que permiten a las personas generar información y compartirla con el mundo y a su vez es factible replicar información de terceros.

Las redes sociales se enmarcan en los medios digitales y se convierten en una herramienta comunicacional efectiva, empero, en otras ocasiones puede llegar a atentar contra la intimidad, bajo la cortina de la presunta “libertad de expresión”.

Esto se presenta al momento de exhibir o difundir opiniones –algunas de ellas de terceras personas– en las que todos nos creemos óptimos para darlas, afectando en algunos casos el derecho al honor, honra y buen nombre de personas que en muchos casos no cuentan con una cuenta de redes en este mundo virtual.

Cabe recalcar que la difusión de contenido no es proterva, se convierte en ella cuando el único fin que se busca, es la de causar un perjuicio.

Pero no es el único problema, en ocasiones, el incorrecto uso de las redes sociales, facilita la comisión de ciertos ilícitos bajo el anonimato, permitiendo

difundir contenido de información que puede lesionar o afectar los derechos antes mencionados, con la aparente seguridad de que no serán descubiertos, lo que, de alguna manera, en los últimos tiempos se ha convertido en nuevo sistema de ejecución delictual, dando paso a la generación de nuevos tipos penales.

Indiscutiblemente en el mundo globalizado las redes sociales pueden convertirse en mecanismos generadores de varios delitos, como la calumnia o la violación a la intimidad, éstos pueden generarse desde el ordenador de un computador.

En cuanto a los delitos cometidos por intermedio de las redes sociales, el mecanismo principal para ocasionar perjuicios es el computador u ordenador, como ya se ha detallado *up supra*.

Para ROMEO CASABONA, el mismo puede ser utilizado como un medio para la comisión del delito, como también, el objeto con el cual se logra debido al contenido que este contiene⁵ (ROMEO CASABONA, 1987).

Actuaciones consuetudinarias

No es novedad la aparición de un sin número de redes sociales utilizadas por jóvenes y adultos.

Todas ellas brindan la posibilidad de compartir información. Entre las principales redes tenemos a *Youtube, Facebook, Twitter, Instagram, Whatsapp*, entre otras.

Youtube, es un sitio web, que permite a sus usuarios, subir, compartir, descargar o simplemente visualizar diferentes tipos de videos.

En la actualidad, por medio de esta red –incluso- se puede transmitir en vivo. En este aspecto, es indiscutible que existe un largo camino por recorrer en materia de propiedad intelectual y derechos de transmisión, la misma red social impide la trasmisión por evadir políticas de restricción y derechos, sin embargo, actúa únicamente a pedido del afectado.

Facebook, es la red más popular en el mundo entero desde 2004 hasta la actualidad, dadas las múltiples funcionalidades que brinda, existe la posibilidad de agregar contactos, visualizar contenido, compartirlo, etiquetarlo, realizar

5 “El computador es en ocasiones el medio o el instrumento de la comisión del hecho, pero en otras es el objeto de la agresión en sus diversos componentes (el aparato, el programa, los datos almacenados). Por eso es preferible hablar de delincuencia informática o delincuencia vinculada al computador o a las tecnologías de la información”. ROMEO CASABONA, C., *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, Fundesco. Madrid-España, 1987.

transmisiones en vivo, comprar y vender productos, creación de páginas empresariales, e incluso hay un espacio para contactar o conocer citas por este medio virtual.

El verdadero problema de esta red –en cuanto a los videos que aparecen colgados– es que no siempre existe la posibilidad de constatar la fuente e incluso en ocasiones es difícil identificar la identidad de los autores.

Cabe destacar que, en la actualidad, un *smartphone* permite redirigir ese video y compartirlo en tiempo real por otras redes sociales, aumentando drásticamente el impacto y la posibilidad de lesionar ciertos derechos fundamentales con la circulación no autorizada de ese tipo de información.

La difusión de una información falsa o descontextualizada genera un impacto en la sociedad y ese impacto en ocasiones es el que se pretende aprovechar en instancias judiciales para tratar de ejercer esta presión mediática en el juzgador; presión que el Juez está en la obligación de inobservar y soportar a fin de mantener siempre su imparcialidad. La verdad procesal es y debe ser únicamente la que conste dentro del proceso y no las opiniones o comentarios vertidos en las redes sociales.

Por su parte, otra red social más formal pero igualmente popular es *Twitter*. Su nivel de seguridad es mayor y su respuesta a solicitudes gubernamentales es mucho más eficaz, desde luego, su crecimiento en los últimos años ha sido abismal, en especial para contenido social y político en tiempo real.

Instagram, es una red social que permite compartir contenido fotográfico o audiovisual en tiempo real, con mayor o igual nivel de popularidad que *Facebook*, debido a las aparentes múltiples ventajas que ésta ofrece, especialmente en el mundo del *marketing*.

Whatsapp, es la red social más usada en la actualidad. Representa un sistema de mensajería instantánea, su capacidad de transmisión de información puede darse en segundos y la alta complejidad para detectar al autor es preocupante.

Los creadores de la aplicación en la actualidad ya detectaron los riesgos de información inmediata y falsa, por ello, diseñaron el denominado “sistema de reenvío”, es decir, que cuando se comparte información de un chat a otro, siempre aparece la leyenda “reenviado”. De esta forma el usuario final o receptor del mensaje conoce que el remitente no es el autor principal del mensaje.

Ahora bien, si nos referimos a redes sociales, aludimos a información, la misma que podrá ser personal o de terceros, por lo que hay que marcar una breve diferenciación entre ambas.

Naturaleza de la información

- **Información personal**

Los datos o información personal, es aquello que nos permite identificar frente a otros individuos dentro de una sociedad, siendo así, que predomina una evidente existencia.

Al llamarla personal, hacemos referencia a que únicamente es de carácter individual, es decir, nos pertenece a cada uno de nosotros, sin la intervención de un tercero.

Tales datos son, por ejemplo, nombres y apellidos, fecha de nacimiento, lugar del mismo, estado civil, números telefónicos, grados académicos o laborales cursados, nombres de familiares, domicilio, entre otros similares.

En palabras de ISABEL FERNÁNDEZ: “Podemos señalar que se considera dato personal a toda información numérica, alfabética, también imágenes (gráfica y fotográfica), acústica (sonidos y voces) o cualquier otro de tipo de información con las condiciones de que puedan ser recogidas, registradas, tratadas o transmitidas y que pertenezcan a una persona física identificada o identificable. Se anota que no solo se refiere a datos habituales o comunes, sino incluso a aquellos que la persona desconozca sobre sí misma”⁶ (FERNÁNDEZ, 2011).

- **Información de terceros**

La información de terceros es más sencilla de comprender si partimos del concepto anterior, es decir, es aquella información perteneciente a una persona distinta, la cual, puede compartirse siempre y cuando se tenga autorización de este último y sobre todo precautelando la privacidad respectiva.

Ahora bien, frente a todos estos nuevos mecanismos de transmisión de información, es evidente que el derecho debe ir a la par con la evolución de la sociedad.

En el caso ecuatoriano, indudablemente falta mucho por hacer, sin embargo, si contamos con tipos penales que sancionan estos hechos y con sistemas probatorios que permiten identificar a los autores de la infracción.

La red social correctamente utilizada, sin afectación a terceros, es una buena herramienta de comunicación. Si un usuario administra sus perfiles con información personal sin afectar a terceras personas, entonces no existirá inconveniente.

6 FERNÁNDEZ, I., *Hacia la estandarización de la protección de datos personales: propuesta sobre una “Tercera Vía O Tertium Genus” Internacional*. La Ley. Madrid- España. 2011.

El problema se presenta cuando se utiliza una red social para publicar información de terceros sin su consentimiento.

La Constitución de la República, otorga toda la libertad de expresar nuestras ideas, pero del mismo modo, garantiza la honra y el buen nombre. El art. 66 numerales 5 y 6, indican:

“5. Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.

6. ‘El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones’”. (Asamblea Constituyente, 2008).

De igual forma el Art. 18 *ibídem* indica:

“Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior’”. (Asamblea Constituyente, 2008).

Esto quiere decir, que todos por medio de nuestras redes gozamos de una libertad de expresión.

No existe la censura previa, pero si afectamos derechos de terceros, pues tendremos que responder según sea el caso ante las autoridades pertinentes.

Conociendo esto, nos planteamos la interrogante: ¿compartir información sobre terceros o publicar imágenes, nombres o hablar sobre terceras personas, requiere o no autorización de su titular?

La respuesta es sí, es necesario.

La Ley de Comercio Electrónico Firmas y Mensajes de Datos, en su art. 9 indica:

“Para la elaboración, transferencia o utilización de bases de datos, obtenidos directa o indirectamente del uso o transmisión de mensajes de datos, se requerirá el consentimiento expreso del titular de éstos, quien podrá seleccionar la información a compartirse con terceros’”. (Congreso Nacional, 2002).

Esto quiere decir que, cualquier usuario que pretenda compartir información de terceros (por cualquier red social) requiere el consentimiento de su titular, pues, caso contrario, existe un catálogo de infracciones que se le puede imponer, como por ejemplo: violación a la intimidad (delito de acción pública), calumnia (delito de acción privada) o también la contravención prevista en el art. 396 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal (dependiendo de las expresiones).

Todo esto depende de las expresiones vertidas en la red y a su vez si se logra confirmar el titular de la cuenta ID de la cual se emitieron estas expresiones.

Por lo tanto, existe una serie de requisitos indispensables a la hora de compartir información de terceras personas, como por ejemplo, autoridad, realidad, coherencia lógica y evidencia.

Delitos vinculados a las redes sociales

Como lo mencionamos de manera inicial, los delitos informáticos son aquellas actividades ilícitas vinculadas a ocasionar perjuicios a terceras personas, en este caso, por medio de redes sociales, atacando su privacidad e integridad al momento de difundir información personal.

Los autores María Castillo y Miguel Ramallo, definen a este tipo penal como: “Toda acción dolosa que provoca un perjuicio a personas o entidades en cuya comisión intervienen dispositivos habitualmente utilizados en las actividades informáticas⁷”. (Castillo María, Ramallo Miguel, 1989).

Por otro lado, según la página oficial de la Policía Nacional del Ecuador, señalan que: “los delitos informáticos se cometen mediante dispositivos electrónicos de diversos tipos, con el fin de causar un daño y desencadenando una serie de delitos al momento de efectuarse sin consentimiento o autorización legal⁸”. (Policía Nacional del Ecuador, 2017).

El Código Orgánico Integral Penal tipifica una serie de delitos concernientes a las redes sociales, los mismos que se definirían en líneas posteriores, y estos son:

1. Violación a la intimidad.
2. Circulación de información restringida
3. Revelación ilegal de base de datos.

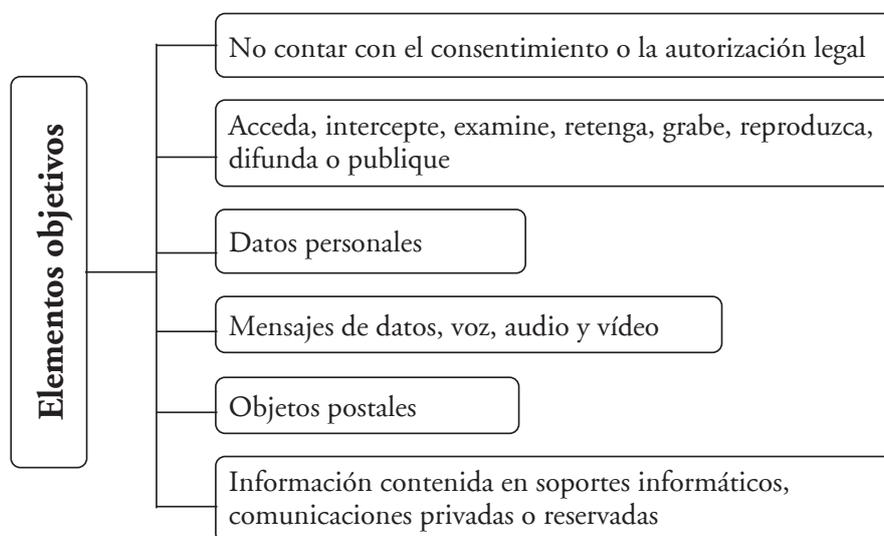
7 CASTILLO, M. y RAMALLO, M., *El delito informático*. En: Congreso sobre Derecho Informático. Facultad de Derecho de Zaragoza. Zaragoza, España. 1989.

8 “Los delitos informáticos son actividades ilícitas, que se las comete a través de medios y dispositivos tecnológicos y de comunicación, cuyo objetivo es causar algún daño, provocar pérdidas o impedir el uso de sistemas informáticos. En los últimos tiempos la pornografía infantil, fraudes informáticos e incluso actividades terroristas, han sido considerados como nuevos delitos informáticos. Todas las actividades que contemplen, grabaciones y fotografías sin consentimiento o autorización legal, suplantación de claves electrónicas, daños o pérdida de información intencional, intervención o violación en la intimidad de las personas, entre otras, son ilícitas”. Página Oficial de la Policía Nacional del Ecuador. Sección Noticias. Ecuador. 27 de diciembre del 2017.

- **Violación a la intimidad**

En la sección sexta de los delitos contra el derecho a la intimidad personal y familiar en el artículo 178 del Código Orgánico Integral Penal, encontramos tipificada a la violación a la intimidad, que a su tenor literal señala que:

“La persona que, sin contar con el consentimiento o la autorización legal, acceda, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique datos personales, mensajes de datos, voz, audio y vídeo, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas de otra persona por cualquier medio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo en las que interviene personalmente, ni cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la Ley” (ASAMBLEA NACIONAL, 2014).

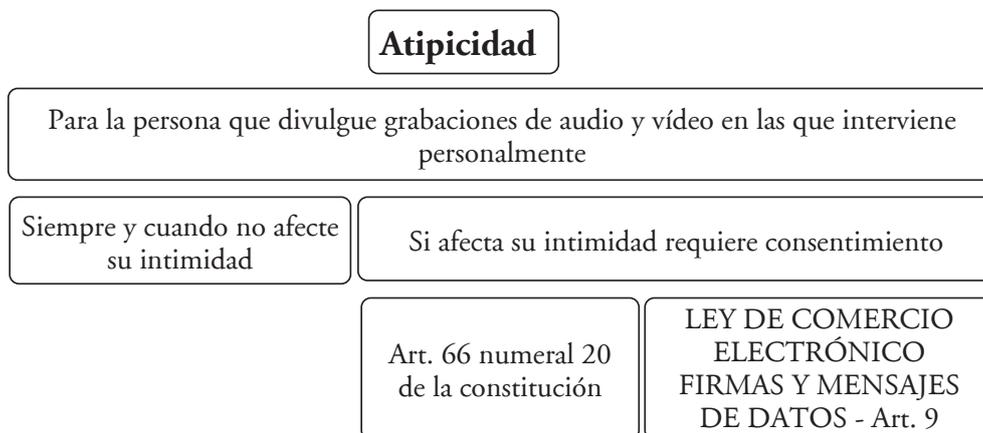


Sobre este particular, es importante citar que este delito mantiene una cláusula especial de exclusión de la responsabilidad penal en el siguiente sentido:

“No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo en las que interviene personalmente, ni cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la Ley (...).

Esto quiere decir, que cuando la grabación la realiza uno de los dos interlocutores ésta podrá ser utilizada con efectos legales, sin embargo, si un tercero graba o difunde la información y a su vez la transmite por cualquier red sin autorización de su titular, bien puede adecuar su conducta al delito antes descrito.

La exclusión de responsabilidad gráficamente podemos identificarla de la siguiente manera:



Entre los ejemplos más comunes de violación a la intimidad por medio de redes sociales al momento de “acceder, interceptar, examinar, retener” encontramos:

- Clonación de *Whatsapp*.
- Difusión de capturas de pantalla individuales o grupales de *Whatsapp*.
- Obtención de claves de respaldos de correo electrónico.
- Revisión no consentida de *Facebook, Instagram, Whatsapp o Twitter*.

Por otro lado, con relación a los presupuestos relacionados con: “reproducir, difundir o publicar datos personales, mensajes de datos, voz, audio y vídeo” encontramos:

- Videos y fotos de terceras personas en *Facebook* sin su consentimiento.
- Nombres de la persona sobre hechos no consentidos en *Facebook o Twitter*.
- Etiquetas de terceros sobre fotos tomadas sin consentimiento de la víctima.

Ahora bien, es necesario entender lo que significa la información pública. Este tipo de información la podemos entender como un derecho de todos, así lo ha establecido nuestra Constitución.

Por tanto, la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos ha determinado que: “Es un derecho humano fundamental que establece que, toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto solo a un régimen limitado de excepciones, acorde con una sociedad democrática-

ca y proporcional al interés que lo justifica⁹” (FUNDACIÓN REGIONAL DE ASESORÍA EN DERECHOS HUMANOS, 2015). Para no incurrir en ningún ilícito al momento de difundir o dar a conocer información de carácter público, debemos tener en cuenta una serie de requisitos, los mismos que determina la Ley y éstos son:

- La información de relevancia pública que reciben a través de los medios de comunicación sea verificada, contrastada, precisa y contextualizada.
- La verificación implica constatar los hechos.
- La contrastación implica recoger y publicar de forma equilibrada las versiones de las personas involucradas.
- La precisión implica recoger y publicar con exactitud los datos cuantitativos y cualitativos.

- **Circulación de información restringida**

La información restringida es aquella que se encuentra fuera del acceso público, por diversas circunstancias en su contenido que puede afectar derechos de otras personas, tales como su seguridad, estado de salud, información gubernamental, seguridad, entre otras.

Para ello, el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 233, sanciona a este tipo de delito con una pena que va desde los tres a los diez años de prisión¹⁰ (ASAMBLEA NACIONAL, 2014).

La característica principal de este tipo de información es, que está sujeta a una cláusula especial de reserva, lo que evita que pueda ser de libre acceso. Esta cláusula se presenta en 3 tipos de casos que son:

9 FUNDACIÓN REGIONAL DE ASESORÍA EN DERECHOS HUMANOS, *El derecho a la información pública*, Comunicaciones INREDH. Quito-Ecuador.2015.

10 Artículo 233.- Delitos contra la información pública reservada legalmente. - La persona que destruya o inutilice información clasificada de conformidad con la Ley, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La o el servidor público que, utilizando cualquier medio electrónico o informático, obtenga este tipo de información, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Cuando se trate de información reservada, cuya revelación pueda comprometer gravemente la seguridad del Estado, la o el servidor público encargado de la custodia o utilización legítima de la información que sin la autorización correspondiente revele dicha información, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años y la inhabilitación para ejercer un cargo o función pública por seis meses, siempre que no se configure otra infracción de mayor gravedad. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, *Asamblea Nacional*. Registro Oficial. Quito, Ecuador.2014.

1. La información que está protegida expresamente con una cláusula de reserva previamente prevista en la Ley.
2. La información producida por la Fiscalía en el marco de una investigación previa.
3. La información acerca de las niñas, niños y adolescentes que viole sus derechos según lo previsto en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

En el primer punto, encontramos aquella información que conlleva una cláusula de reserva prevista con anterioridad en la Ley, por ejemplo, el Reglamento para el Manejo de la Información Confidencial en el Sistema Nacional de Salud, en el Instructivo para el Tratamiento de la Información Restringida de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el Protocolo de Cartagena, relacionado con la seguridad en biotecnología, el Instructivo de Clasificación de Información Pública y Confidencial del Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria, la Contraloría General del Estado, en su Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades y el Consejo Nacional de Valores, donde se indica que la Información Reservada es aquella que, estando en el Registro del Mercado de Valores, no debe ser difundida ya que puede perjudicar al interés social del mercado o a sus intervinientes, o al propio participante inscrito.

- **Interceptación ilegal de datos**

Este tipo de delito, aunque poco conocido, es bastante habitual en redes sociales. Es cuestión de observar los últimos titulares de noticias o información circular por medios digitales alegando que una determinada persona fue víctima de interceptación de datos. El Código Orgánico Integral Penal tipifica este delito en su artículo 230¹¹.

11 Artículo 230.- “Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años: 1. La persona que sin orden judicial previa, en provecho propio o de un tercero, intercepte, escuche, desvíe, grabe u observe, en cualquier forma un dato informático en su origen, destino o en el interior de un sistema informático, una señal o una transmisión de datos o señales con la finalidad de obtener información registrada o disponible. 2. La persona que diseñe, desarrolle, venda, ejecute, programe o envíe mensajes, certificados de seguridad o páginas electrónicas, enlaces o ventanas emergentes o modifique el sistema de resolución de nombres de dominio de un servicio financiero o pago electrónico u otro sitio personal o de confianza, de tal manera que induzca a una persona a ingresar a una dirección o sitio de internet diferente a la que quiere acceder. 3. La persona que a través de cualquier medio copie, clone o comercialice información contenida en las bandas magnéticas, chips u otro dispositivo electrónico que esté soportada en las tarjetas de crédito, débito, pago o similares. 4. La persona que produzca, fabrique, distribuya,

Una vez que conocemos el problema del ilícito, es menester señalar una serie de recomendaciones para evitar ser víctimas del mismo. La facilidad con la que se pueden interceptar nuestros datos es realmente práctica y sencilla con los múltiples implementos tecnológicos que se tiene en la actualidad, así como por medio de publicidad engañosa o correos electrónicos falsos.

Para ello, se recomienda contar con detectores de páginas web utilizadas para cometer diversos delitos, que funcionarían como una especie de bloqueo al momento de ingresar a ellas, de igual forma, cambiar las contraseñas luego de un tiempo prolongado de todas nuestras cuentas y asegurarnos de no dejar ninguna de ellas abiertas al usar un dispositivo distinto al de nosotros, denunciar en el caso de detectar otros usuarios utilizando nuestra información personal para la inmediata eliminación de dichas cuentas; y finalmente, asegurarnos con los proveedores de cualquier institución antes de proporcionar información que estos requieran, comunicándolos con el único motivo de obtener una confirmación de que la información es realmente requerida.

- **Revelación ilegal de bases de datos**

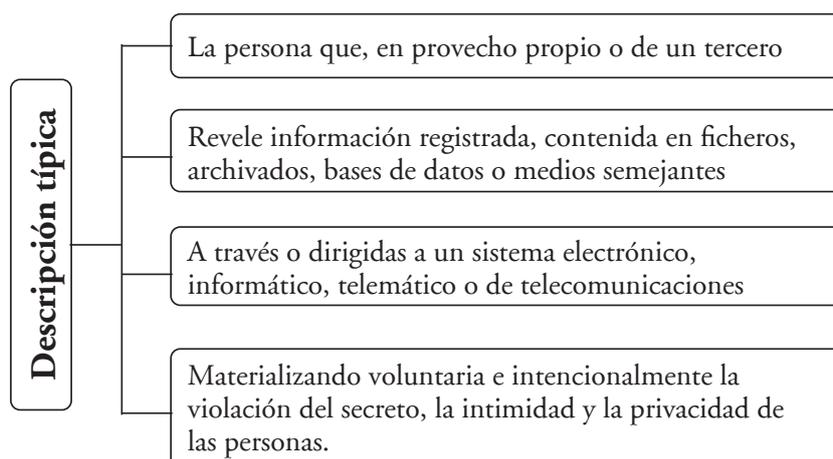
Mucha de nuestra información se encuentra en bases de datos de diversas instituciones, tales como bancos o de telecomunicaciones, por mencionar ejemplos.

Cuando nuestra base de datos adquirida por dicha institución es revelada de manera ilegal, entiéndase por ilegal, que ha sido proporcionada sin nuestro consentimiento y violentando nuestro derecho a la intimidad y privacidad por cualquier persona o por un servidor público, estarán cometiendo un delito tipificado en el artículo 229 del Código Orgánico Integral Penal, con una pena privativa de libertad que va de uno a cinco años¹². (Asamblea Nacional, 2014).

posea o facilite materiales, dispositivos electrónicos o sistemas informáticos destinados a la comisión del delito descrito en el inciso anterior” (ASAMBLEA NACIONAL, 2014).

12 Artículo 229.- Revelación ilegal de base de datos. - La persona que, en provecho propio o de un tercero, revele información registrada, contenida en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, a través o dirigidas a un sistema electrónico, informático, telemático o de telecomunicaciones; materializando voluntaria e intencionalmente la violación del secreto, la intimidad y la privacidad de las personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si esta conducta se comete por una o un servidor público, empleadas o empleados bancarios internos o de instituciones de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera o contratistas, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Código Orgánico Integral Penal. Asamblea Nacional. Registro Oficial. Quito, Ecuador. 2014.



Un ejemplo habitual en palabras de Francisco Serrano en su columna del Diario El Telégrafo, es cuando: “Instituciones financieras y de recreación del ámbito privado, por medio de operadores, realicen llamadas a nuestros teléfonos celulares para comunicarnos que por nuestro eficiente desempeño crediticio nos hemos hecho acreedores a tal premio, entre otros puede ser una tarjeta de crédito o unas vacaciones soñadas; sin embargo, nos causa extrañeza que, como consumidores, nunca solicitamos esos supuestos beneficios y peor autorizamos la utilización de nuestra base de datos”¹³ (SERRANO, 2015).

¿Cómo identifico a los usuarios en redes?

Si llegamos hasta aquí, es necesario tener una dosis de realidad. Actualmente es complejo tener la certeza de que la persona con la que hablamos sea la misma que aparece en la red social, es decir, las probabilidades de hablar con una persona completamente distinta a la que pensamos son muy altas, debido a los términos y políticas de cada red social.

“Esta regulación generaría un conflicto con la libertad de publicación bajo seudónimo, que es un derecho reconocido por la **Ley de Propiedad Intelectual**”, menciona David Maeztu, abogado especializado en la materia de propiedad intelectual e internet. (Biosca, 2017).

Ahora bien, las redes sociales brindan ciertas seguridades o términos de uso para evitar cualquier tipo de dificultad o inconveniente posterior, por ejemplo, *Facebook*.

Entre sus términos de uso establece para conocimiento de sus usuarios qué tipo de información será pública, como la edad, el país, idioma, gustos, sexo,

13 SERRANO, F., *Contra la violación de la intimidad y revelación ilegal de nuestra base de datos*. El Telégrafo. Ecuador. 22 de enero de 2015.

fotos, videos, identificador de usuario, con el fin de contactar con otros usuarios de manera más agilitada y rápida.

La contraseña de esta red social es completamente reservada, no se guarda, a menos que nosotros lo dispongamos antes de iniciar sesión en una de sus opciones para mantener nuestra cuenta siempre abierta y a su vez la ID de esta red social es única para cada usuario.

Tipos de requerimiento ejecutados por Ecuador

Los requerimientos de información incluyen aquellas solicitudes gubernamentales en las que se pide información sobre cuentas, normalmente en relación con investigaciones criminales.

- **Solicitudes de conservación**

Este tipo de requerimientos se realizan para que los datos relacionados con una investigación sean almacenados por proveedores de servicios de la red social, mientras las autoridades siguen los procedimientos judiciales necesarios para obtener esta información de forma legal.

Cuando se recibe una solicitud de conservación, se almacena una instantánea temporal de la información relevante de la cuenta durante un periodo de 90 días, a la espera de recibir una notificación judicial válida (*Twitter*, s.f.).

- **Requerimientos urgentes**

Se puede proporcionar información sobre cuentas a organismos oficiales si recibe un requerimiento de divulgación urgente, para lo cual evalúan cada solicitud de forma individual y teniendo en cuenta siempre el cumplimiento de la normativa vigente (*Twitter*, s.f.).

Si reciben información que los lleva a la conclusión de que puede producirse una situación de alto riesgo como muertes o lesiones, inmediatamente se puede proceder a divulgar los datos solicitados con el propósito de evitarlos.

- **Solicitudes limitadas**

Siempre que es posible, algunas redes sociales intentan establecer un límite a las solicitudes que ingresan, muchas de ellas rechazadas por generar requerimientos incorrectos, por la naturaleza del ilícito, procedimientos judiciales inadecuados, entre otros.

“El 36 % de las solicitudes gubernamentales recibidas por *Twitter* han sido rechazadas o sólo se han procesado de forma parcial”. (*Twitter*, s.f.).

- **Contenido frente a no contenido**

Por contenido frente a no contenido, se entenderá a toda aquella información de datos básicos al momento de generar una cuenta en una determinada red social, por ejemplo, correo electrónico, números telefónicos, transacciones, etc.

Para obtener contenido, es necesario una figura legal de mayor categoría, como, por ejemplo, una orden de registro que cuente con un motivo adecuado y la firma de un Juez (*Twitter*, s.f.). En el caso ecuatoriano, siendo el Fiscal, el titular del ejercicio público de la acción, y a su vez al estar facultado para recabar ciertas evidencias en distintos procedimientos, es el llamado a requerir esta información.

Formato de las solicitudes

Todas las solicitudes deben identificar los datos solicitados con detalle e incluir los siguientes puntos. (*Twitter*, s.f.):

- Nombre de la autoridad que realiza la solicitud, número de placa o identificación del agente responsable, dirección de correo electrónico correspondiente al dominio de una autoridad legal y un número de teléfono de contacto directo.
- Dirección de correo electrónico, número de identificación de usuario o nombre de usuario.
- Portada del membrete de la Policía, que está enviando un requerimiento de divulgación urgente;
- Identificar a la persona que se encuentra en peligro de muerte o lesión física grave; la naturaleza de la emergencia (por ejemplo, informe de suicidio, amenaza de bomba);
- El nombre de usuario y la URL de las cuentas cuya información es necesaria para resolver la emergencia;
- Cualquier información específica que desee que revisen;
- La información específica solicitada y por qué esta información es necesaria para evitar la emergencia;
- La firma del funcionario de la autoridad de policía solicitante; y
- Todos los demás detalles disponibles o relacionados contextualmente con las circunstancias particulares descritas.

Sistema probatorio en delitos cometidos por medio de las redes sociales

Como lo estudiamos en líneas anteriores, todos podemos cometer diferentes inconductas por medio de las redes sociales, pues si bien se garantiza nuestra

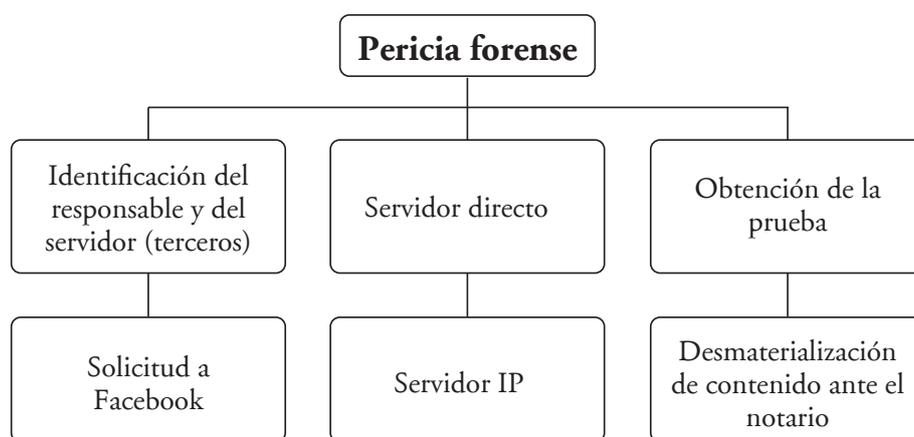
libertad de expresión, a su vez se precautelan derechos al buen nombre y a la honra de las personas.

La masificación de información virtual y la rapidez con la cual estas se transmiten, pueden lesionar gravemente derechos ciudadanos.

Por estas consideraciones, debemos comprender que la prueba –al momento de judicializar estos hechos– debe cumplir un rol especial para determinar, en primer lugar, el titular de la cuenta de la cual se acusa salieron las expresiones que afectaron derechos o la imagen de las personas.

Sin esta información no se puede singularizar e individualizar la responsabilidad.

Gráficamente, en los delitos cometidos por redes sociales, es necesario que se logre acreditar los siguientes elementos:



El primer paso que se debe dar en este tipo de delitos, es confirmar la identidad del usuario o el titular del “ID” de la red social.

En este sentido, debemos aclarar que no se puede confundir el “ID” del usuario de la red social con el titular de la cuenta.

El ID de la red social es único, es decir, que el titular de esa cuenta podrá cambiar su nombre, pero el “ID” siempre seguirá siendo el mismo.

Para identificar al titular de “ID” como por ejemplo en el caso de *Facebook*, es necesario remitir una solicitud gubernamental para *Facebook Ireland Limited* (al menos en el caso ecuatoriano).

El alcance de cualquier orden judicial debe limitarse a pedir solamente información básica de los suscriptores y a exponer las cuentas específicas en cuestión, identificándolas con la URL o con el identificador de usuario de *Facebook*.

Una vez identificado el usuario, el siguiente paso es determinar que la información salió de ese ID o de esa cuenta.

Para el efecto, es posible que el afectado acuda a desmaterializar esa información ante un notario conforme las competencias que se le asignan a este funcionario en la Ley de la materia y sus reformas.

De igual forma, se puede designar un perito (Sistema de Análisis Técnico que evidencie riesgos penalmente prohibidos) para que verifique que la información que se descarga sea la misma que el ID respectivo de la red.

Debemos de indicar igualmente que el *Law Enforcement Online Request*, no responderá al perito. Únicamente atenderá la petición de un fiscal o de un servidor judicial debidamente acreditado por el Estado ecuatoriano.

Con estos elementos (de ser presentados correctamente vía judicial), es factible atribuir resultados/responsabilidades penales (en el evento que la conducta penalmente relevante se adecue al tipo penal invocado).

La respuesta del *Law Enforcement Online Request* de Facebook, sobre el nombre del titular de cuenta o ID, es tan necesario, que, de no existir, podría enfocarse erróneamente la responsabilidad a cualquier persona que sufra la suplantación de su cuenta de esta red social.

¿Cómo entonces podemos armar un correcto sistema probatorio por la comisión de estos delitos mediante el uso de redes sociales?

En el caso de encontrarnos ante estos delitos, es prudente no alterar o reenviar el contenido ilícito.

Hecho esto, se debe acudir de inmediato ante el Fiscal más próximo, para que inicie con las investigaciones correspondientes y sea el Fiscal como servidor público y titular de la acción penal, quien ejecute el requerimiento de información.

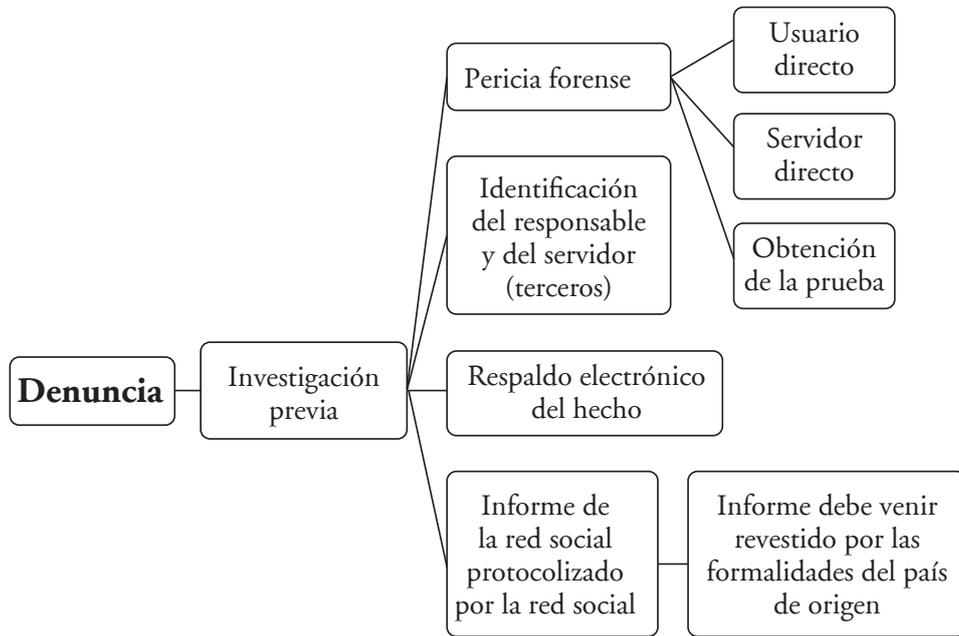
Este quizás es uno de los principales errores que se cometen al momento de la recolección de elementos de convicción en materia penal, tratándose de las infracciones realizadas por medio de redes sociales, pues usualmente se imprime directamente capturas de pantalla o en su defecto se acude directamente ante un notario para desmaterializar la información colgada en la red, obviando lo más importante, esto es, la certificación del titular de la cuenta de donde se genera la información.

Es necesario a su vez comprender que solo un Funcionario Gubernamental podrá solicitar la información de la cuenta, pues la red social no atenderá una solicitud particular por sigilo de información.

En el eventual caso de que no se trate de un delito de acción pública, el fiscal entregará la información y la víctima deberá plantear la querrela –delitos para

el ejercicio de la acción privada como la calumnia– o la denuncia ante el Juez penal –procedimientos expeditos por contravenciones penales como el caso de las expresiones de descrédito–.

Gráficamente en delitos de ejercicio de acción pública este sería el camino para obtener un correcto sistema probatorio:



CAPÍTULO III
LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA
JURÍDICA Y SU EVOLUCIÓN



Antes de revisar la Evolución constitucional ecuatoriana debemos de comprender la diferencia entre los términos Poder constituyente y Poder constituido.

Poder Constituyente

El Poder constituyente, representa un poder intangible, pero a su vez se puede materializar por decisión del soberano. Éste poder constituyente tiene una misión básica: redactar una Constitución y de igual forma, al activarse, puede tener dos vertientes: de plenos poderes o a su vez de poderes definidos.

Básicamente podremos indicar que el poder constituyente genera la materialización de la denominada Asamblea Nacional Constituyente, la misma que como lo mencionamos en líneas anteriores, tiene que ver con la creación de una nueva Constitución.

Poder Constituido

El Poder constituido a diferencia del constituyente tiene que ver con la propia Constitución, esto es que, el poder constituido representa necesariamente el producto final del poder constituyente. Por regla general, el poder constituido generará candados para la activación de un nuevo poder constituyente; sin embargo, dependiendo de esa Constitución, su reforma podrá variar según los sistemas previstos para los cambios de la misma, lo cual se tratará en líneas subsecuentes.

Con este antecedente, corresponde revisar la forma en la cual el poder constituyente y constituido han existido, cambiado y modificado el Sistema Constitucional Ecuatoriano, y siendo así, corresponde dividir la historia constitucional ecuatoriana de la siguiente forma:

El nuevo Modelo constitucional del Ecuador, inició con la vigencia de la Constitución de 2008, en donde se instauró nuevos derechos que fueron inobservados por las constituciones antiguas, dándole al Estado ecuatoriano una actualización y estabilidad en la normativa constitucional.

Cuestiones políticas y coyunturales provocaron muchas modificaciones a las constituciones anteriores, creando un desbalance y poca efectividad de las normas estipuladas en la carta magna, situación que provocó el fracaso de aquellos instrumentos.

3.1. El Estado de Derecho

La primera vez que se materializó el poder constituyente en Ecuador, fue en la ciudad de Riobamba, año de 1830. En dicha Asamblea Nacional Constituyente nació el Estado ecuatoriano y se crearon los poderes constituidos. El Ecuador sería entonces catalogado como un Estado de derecho, en donde reinó el principio de legalidad.

El Estado de derecho, quien como bien afirma García Toma, "...goza de una expresión que alude a una forma de convivencia política dentro de la cual, el poder estatal se encuentra sometido a un sistema de normas jurídicas, es decir se encuentra regulado por el derecho..."¹⁴, no es menos cierto de que el Estado, al estar bajo ese brazo de legalidad, no tiene criterios discrecionales para comprender la pertinencia o impertinencia de las leyes que se expiden, simplemente al individuo o ciudadano, le toca acatar y aplicarlas.

El Ecuador, fue un Estado de derecho, sometido al principio de legalidad desde 1830, hasta 1998, en donde se determinó que no podía simplemente ser un Estado aplicador de la Ley, sino que debía pasar a tener naturaleza y finalidad social, creando de este modo un elemento especial, esto es: el principio de legitimidad y la democracia.

Estos criterios fueron definidos, en el Art. 1 de la Constitución "Política" del Ecuador, el mismo que quedó redactado de la siguiente manera: "El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada"¹⁵.

3.2. Estado Social y Democrático de Derecho

El Ecuador, queda definido como un Estado "Social y Democrático de Derecho", lo cual constituye, la segunda evolución histórica más importante del país, por cuanto al adquirir la calidad de "Estado social", se le asignó al Estado

14 GARCÍA TOMA, V., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, p. 14 "goza de una expresión que alude a una forma de convivencia política dentro de la cual el poder estatal y se encuentra sometido a un sistema de normas jurídicas, es decir se encuentra regulado por el derecho".

15 CONSTITUCIÓN DE LA POLÍTICA DEL ECUADOR 1998, "El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es Republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada".

un segundo principio necesario para la vigencia de los derechos y garantías ciudadanas, esto es, la “legitimidad constitucional”.

Este modelo de Estado estuvo vigente desde 1998 hasta 2008, en el cual se crea el nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Se presenta en Montecristi-Ecuador, al momento en que se materializó una vez más el Poder constituyente a través de una Asamblea Nacional Constituyente, se decidió en primer lugar ratificar la concepción de la Constitución como una norma jerárquicamente superior o suprema, inclusive, frente a los Tratados Internacionales, los cuales, bajo un nuevo modelo de Estado, deberían pasar por un dictamen de constitucionalidad previo. Además, se decidió estudiar y sobre todo brindar un principio adicional al de legalidad y legitimidad constitucional, que permita la efectiva vigencia de los Derechos y Garantías Constitucionales, es decir, que el ciudadano, a quien se haya afectado derechos fundamentales, a través de acciones tutelares pueda exigir la restitución de esos derechos de una forma efectiva y no meramente retórica.

3.3. Estado Constitucional de Derechos y Justicia

El cambio más importante de este modelo de Estado, es el paso de una Constitución Política a una Constitución Garantista. A través de este cambio, muere el Estado Social y Democrático de Derecho, y nace el nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Nótese que el primer cambio que existe, es el indicar que el Ecuador es un Estado Constitucional. Eso ratifica el hecho de que la Constitución estará siempre sobre toda norma o tratado cuando éste, no tenga el visto bueno de la Corte Constitucional a través de un dictamen de admisibilidad.

Finalmente, la palabra justicia, simboliza el principio de justiciabilidad, esto es, la exigencia de encontrar soluciones rápidas en materia de garantías jurisdiccionales y, sobre todo, acceso a la justicia con sentencias claras y de inmediato cumplimiento, dejando a un lado las resoluciones sin efecto vinculante.

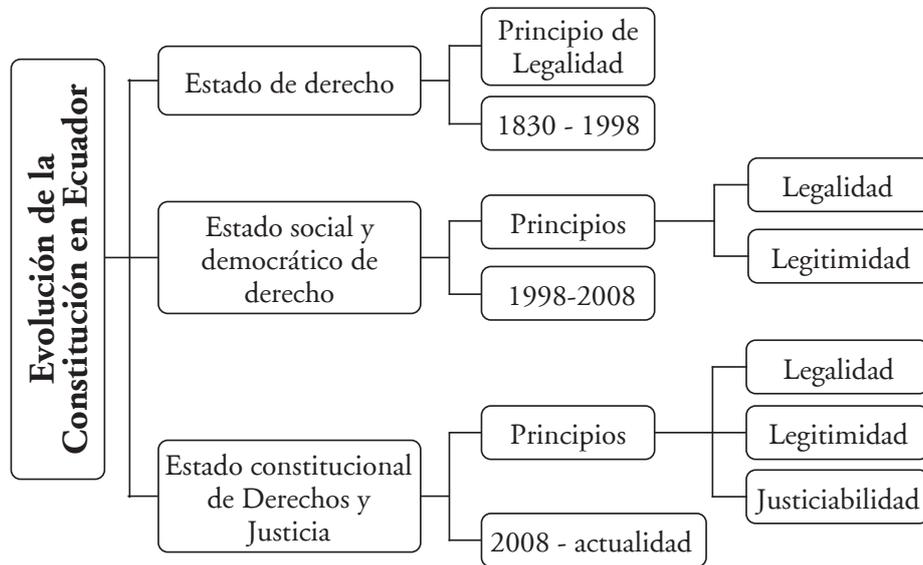
La misma Constitución, en su Art. 11, indica que los derechos serán plenamente justiciables y que no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos, ni para negar su reconocimiento¹⁶.

16 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Artículo 11 “... los derechos serán plenamente justiciables y que no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su

Ahora bien, la nueva concepción de este Estado, automáticamente crea nuevas acciones tutelares y garantías jurisdiccionales.

En la Constitución de 2008, se modifica el Sistema de Control Constitucional debido a la creación de la Corte Constitucional.

Gráficamente, podríamos resumir la Evolución Constitucional Ecuatoriana de la siguiente manera:



violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento...”.

CAPÍTULO IV
EL DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL



Objeto

El Derecho Procesal Constitucional tiene por objeto realizar un análisis científico, desde la perspectiva de la teoría o doctrina general del proceso o del derecho procesal de las garantías constitucionales establecidas en la Carta Magna.

Por tanto, es una rama del derecho público que establece las normas procesales orgánicas y funcionales necesarias para dar eficacia real a la normativa constitucional, cuando surja un conflicto entre un acto de la autoridad o de un particular y sus disposiciones.

Definiciones

EDUARDO FERRER MAC GREGOR, define al Derecho Procesal Constitucional como una disciplina jurídica que se encarga del estudio sistemático de la jurisdicción, magistratura, órganos y garantías constitucionales, entendiendo estas últimas como los instrumentos predominantes de carácter procesal dirigidos a la protección y defensa de los valores, principios y normas de carácter fundamental (FERRER MAC GREGOR, 2013).

Para REY CANTOR, el Derecho Procesal Constitucional es un conjunto de principios y normas jurídicas consagradas en la Constitución y en La Ley y que regulan los procesos y los procedimientos constitucionales, cualesquiera que sean los órganos encargados de preservar con justicia la Supremacía de la Constitución y la protección de los derechos humanos (REY CANTOR, 1994).

A ésta materia, PABLO LUIS MANIL, la consagra como el estudio sistematizado de los órganos competentes para el ejercicio del control de constitucionalidad y de los procesos de garantía de los derechos humanos fundamentales (MANILI, 2005).

CAPÍTULO V
PRINCIPIOS PROCESALES



5.1. Debido Proceso

En todos los procedimientos constitucionales se respetarán las normas del debido proceso establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, sin alterarse o tener alguna modificación inconstitucional.

VÍCTOR GARCÍA TOMA expresa que, este principio se funda en un conjunto de derechos, principios y garantías que permiten la tutela procesal de los derechos, pues es un derecho continente, esto es, que alude a una pluralidad autónoma de facultades aplicables en los procesos y procedimiento de carácter jurisdiccional¹⁷ (GARCÍA TOMA, 2013).

5.2. 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, para esto, Juan Montaña, determina que este principio de aplicación directa de los derechos está íntimamente relacionado con la función que cumplen estas normas (constitucionales) dentro del entramado constitucional y particularmente con su papel como valores objetivos del ordenamiento (MONTAÑA, 2012).

5.3. 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 al que hubiere lugar, de conformidad con el reglamento que la Corte Constitucional dicte para el efecto.

5.4. Inicio por Demanda de Parte

Los procesos deben ser iniciados por demanda de parte. Cabe destacar que, una vez activado el Sistema de Garantías Jurisdiccionales, el Juez en este sistema tendrá la posibilidad de aplicar principios distintos a la rigidez de la justicia ordinaria.

17 GARCÍA TOMA, V., *Derechos Fundamentales, Los principios y derechos de la función jurisdiccional*, Adrus. Arequipa – Perú, 2013, p. 977.

5.5. Impulso de Oficio

Los Jueces tienen el deber de impulsar de oficio los procesos constitucionales hasta ser culminados, salvo en los casos señalados en esta Ley. La dirección formal comprende al manejo adecuado de los actos procesales y el control sobre los mismos. La dirección formal del proceso plantea necesariamente, la exigencia de que el Juez sepa conducir adecuadamente una audiencia, utilizando un lenguaje apropiado para que sobre todo, el ciudadano accionante esté en capacidad de comprender lo que sucede en su entorno.

5.6. 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, sobre este aspecto, GERARDO ETO CRUZ, bajo el ideal de ALBERTO HINOZTROZA MINGUES¹⁸ menciona que, el Juez es quien asume un proceso constitucional, puesto que será él mismo quien encamine la actividad procesal hacia el resultado del proceso e, inclusive, promueva los actos procesales necesarios a fin de impulsar el proceso y por consiguiente resolver en consecuencia, generando así la solución del conflicto de intereses de naturaleza constitucional que fuere de su conocimiento (ETO, 2013).

5.7. Formalidad Condicionada

Los Jueces tienen el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.

5.8. Doble Instancia

Los procesos constitucionales tienen dos instancias, salvo norma expresa en contrario. Para VÍCTOR BAZÁN [...] en las causas que se conozcan, sin dejar de lado la petición de parte, se activa previa solicitud o requerimiento, pues el Juez constitucional no actúa de oficio, como expresa RAFAEL OYARTE, no puede pronunciarse sobre normas cuya inconstitucionalidad no se encuentre expresamente demandada (BAZÁN, 2010).

18 HINOZTROZA MINGUES, A. *Comentarios. Código Procesal Civil*. T.I. Gaceta Jurídica-Lima. 2003, pp.28-29.

5.9. Motivación

Los Jueces tienen la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica.

En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso.

Motivar representa entonces, ubicar y aplicar correctamente la norma procesal sin restricción de ningún principio constitucional. Toda premisa establecida en la decisión judicial, debe arribar a una conclusión lógica resultante del análisis comparativo de los hechos y el derecho.

Para ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE, el principio de motivación tiene por finalidad que la argumentación realizada por los Jueces y Juezas tenga un poder de convicción para los ciudadanos¹⁹ (ÁLVAREZ, 1999).

5.10. Comprensión Efectiva

Con la finalidad de acercar la comprensión efectiva de sus resoluciones a la ciudadanía, la Jueza o Juez deberá redactar sus sentencias de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética, incluyendo las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento seguido para tomar la decisión que se adopte.

5.11. Economía Procesal

La Jueza o Juez tendrá en cuenta las siguientes reglas:

- a. **Concentración.**- Reunir la mayor cantidad posible de cuestiones debatidas, en el menor número posible de actuaciones y providencias.
- b. **Celeridad.**- Limitar el proceso, evitando dilaciones innecesarias.
- c. **Saneamiento.**- Las situaciones o actuaciones afectadas por la omisión de formalidades pueden ser convalidadas por la parte en cuyo favor se establecen.

El principio de economía procesal versa su significado en el axioma correspondiente a que “bajo el mínimo empleo de actividad procesal debe lograrse obtener el mayor resultado que sea posible”. Como expresa ETO, la economía procesal en los procesos constitucionales, pretende [...] un proceso ágil, rápido y efectivo, en el menor tiempo; finalidades que se consiguen poniendo el acento

19 ÁLVAREZ, E., *Curso de Derecho Constitucional*, 2 vol. Tecnos-Madrid, 1999.

en la conducta a observar por las partes y en la simplificación que estructure el procedimiento (ETO CRUZ, 2013).

5.12. Publicidad

Los procedimientos previstos en esta Ley serán públicos, sin perjuicio de las medidas especiales que tome la Jueza o Juez para preservar la intimidad de las personas o la seguridad del Estado.

En este sentido, ENRIQUE VESCOVI, determina que este principio de publicidad tiene como finalidad proscribir el secreto, de manera que así, se garantice el conocimiento público de los actos que se desarrollen dentro del proceso; de este modo la publicidad apuntará a la protección de las partes en un proceso²⁰ (VESCOVI, 1984).

5.13. *Iura Novit Curia*

Los Jueces pueden aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.

Para VÍCTOR BAZÁN, este principio versa en razón de que el Tribunal puede corregir errores u omisiones de derecho del accionante, motivando o fundamentando su decisión en cualquier precepto constitucional vulnerado, incluso si no hubiere sido expresamente invocado (BAZÁN, 2010).

Indiscutiblemente, la aplicación de este principio en las garantías jurisdiccionales ecuatorianas es fundamental, pues la naturaleza de los procesos constitucionales en el Ecuador a diferencia de aquellos tratados en la justicia ordinaria, buscan la verdad procesal.

El Juez bajo este principio y en conjunto con el principio denominado impulso de oficio, está en la capacidad de no solo aplicar normas distintas, sino también, practicar pruebas de oficio que permitan el descubrimiento de violaciones de derechos constitucionales.

La posibilidad de su aplicación contiene pequeños límites en esta materia, los cuales varían en función de los presupuestos normativos a nivel adjetivo y también según la naturaleza de las acciones tutelares ecuatorianas.

De esta forma, por ejemplo, en las acciones de protección de derechos, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información pública, la aplicación este principio en conjunto con el impulso de oficio tiene un campo de acción más amplio, pues el Juez en uso de sus facultades está en la capacidad de aplicar

20 VESCOVI, E., *Teoría General del Proceso*. Temis-Bogotá, 1984.

mecanismos probatorios para descubrir la realidad de los hechos. El Juez no está ni debe estar supeditado a los argumentos de los legitimados activos o pasivos. Indiscutiblemente debe respetar las pretensiones y naturaleza del proceso, pero bien puede –frente a la falta de elementos probatorios aportados– disponer la práctica de acerbos probatorios que considere pertinentes.

En este tipo de acciones, quizás uno de los límites a este principio, se presenta al momento de analizar la competencia del Juez, pues en estos casos, la norma procesal constitucional ecuatoriana es rígida al prohibir expresamente la inhibición y disponer la inadmisión de la acción en primera providencia.

Otro presupuesto similar ocurre con otras garantías jurisdiccionales, como en la acción extraordinaria de protección, en la cual la Corte Constitucional, será más rígida y dará más prioridad al principio dispositivo que al *Iura Novit Curia* al momento de analizar la admisibilidad de la acción.

Principio de congruencia y su aplicación junto al principio de *iura novit curia* en el derecho penal

Se entenderá por congruencia la armonía que deberá existir entre el tipo penal instruido y la sentencia dictada.

De acuerdo con VÁSQUEZ ROSSI (1997), “la sentencia no puede basarse en hechos sobre los que no se haya hecho una acusación en forma legal, y menos puede admitirlos” (VÁSQUEZ, 1997).

La congruencia, puede ser dividida como: genérica y específica.

Congruencia genérica

El principio de congruencia genérica se determina solo por el hecho establecido en la acusación fiscal. Este tiene relación exclusivamente con el conjunto de tipos penales homogéneos.

Un ejemplo de aplicación de la congruencia genérica en el ámbito procesal penal, sería por ejemplo, cuando una instrucción se inició por un delito de asesinato, empero, finalmente la sentencia dictada es por el delito de homicidio, pues al momento de tomar la decisión el Tribunal consideró que la conducta penalmente relevante desplegada por el sujeto activo de la infracción, carecía de las circunstancias constitutivas y modificatorias propias del asesinato, pero si existían las propias del delito de homicidio.

Esto quiere decir, que la sentencia deberá ir en concordancia con los hechos investigados, pero no necesariamente con el delito que constaba en la acusación fiscal.

Los partidarios de la congruencia genérica, consideran que el Juez aplicando el principio de “iura novit curia”, puede dictar sentencia por un tipo penal distinto al presentado en la acusación fiscal, sin que, por ello se rompa el principio de congruencia.

La única condicionante en la aplicación de este sistema de congruencia, es que el cambio en la calificación jurídica de la conducta, se presente sobre delitos que protejan bienes jurídicos homogéneos.

Partiendo de esta teoría, la reformulación de cargos no sería necesaria tomando como premisa estos conceptos.

Congruencia específica

La congruencia específica se refiere a que, el juzgador debe dictar sentencia por los hechos y el tipo penal que constan en la acusación particular. De modo que, si la fiscalía acusa por un delito específico, por ese mismo se deberá dictar una sentencia, es decir, no se puede cambiar el tipo penal. No puede apartarse de lo se está acusando, pues de hacerlo, estaría desvirtuando el sustrato del proceso.

Esto es, si el fiscal inició una investigación por el delito de robo, pero finalmente el Juez, por los hechos investigados, califica el hecho como un hurto, entonces en este caso deberá absolver a la persona procesada por el delito de robo y disponer una nueva investigación por el delito de hurto.

Congruencia en Ecuador

Muchos autores opinan que una congruencia específica permite evitar la alteración de la sentencia judicial. Por otro lado, otros estiman que una congruencia genérica permite al Juez empoderarse de su rol como juzgador para finalmente dictar la sentencia más precisa.

Lo cierto es que no hay línea jurisprudencial que determine qué sistema de congruencia se aplica en el Ecuador, sin embargo, la Corte Nacional de Justicia Ecuatoriana, ya se ha pronunciado sobre la existencia de los sistemas de congruencia “fácticos” y “jurídicos”.

En igual sentido a su vez, ha considerado la posibilidad de variación del tipo penal (delito) en juicio.

Consideramos entonces que, en el Ecuador el sistema de congruencia genérico es el aplicable, siendo óptimo el principio “iura novit curia”.

En las próximas líneas justificaremos nuestra posición.

La congruencia según lo expresa CLARÍA OLMEDO, en su obra “Principio de Congruencia en el Derecho Penal”, es “la regla de congruencia o de relación, con su significado estricto dentro del proceso penal, sólo hace referencia a lo fáctico, mostrándose como una indispensabilidad de coincidencia o conveniencia entre el supuesto de hecho imputado y el contenido fáctico de la decisión, ya que en el aspecto jurídico rige en plenitud el principio *iura novit curia*”.

En el mismo sentido, se pronuncia VÉLEZ MARICONDE, en su obra “Derecho Procesal Penal”, al afirmar que “la facultad de dar al hecho una calificación jurídica distinta, no representa una violación del derecho de defensa”.

Por su parte CARLOS CREUS, en su obra “Derecho Procesal Penal”, sostiene que “el principio de congruencia se refiere a los hechos, no a su calificación jurídica”.

De lo anterior podemos observar que, la congruencia versa sobre el hecho, mas no sobre el derecho, pues conocido es para los Jueces que es competencia de la Función Judicial y los Tribunales asignar ese derecho.

JORGE BLUM CARCELÉN, en su obra “Principio de Congruencia”, publicado en la Revista Ensayos Penales No. 4, página 13, sostiene que: “Actualmente en el sistema acusatorio han cambiado las cosas, ya que el tipo penal puede ser modificado durante el proceso por el Fiscal o por los Jueces, siempre y cuando correspondan a bienes jurídicos homogéneos respecto de los delitos y sin que ello se atente contra el derecho a la defensa, como por ejemplo, de violación a estupro, de hurto a robo, de robo simple a robo calificado, de homicidio inintencional a homicidio simple”.

A nivel dogmático y doctrinario, es factible la asignación y cambio del tipo penal del auto de llamamiento a juicio o de la acusación fiscal, SIEMPRE Y CUANDO SE TRATE DE BIENES JURÍDICOS HOMOGÉNEOS, entendiéndose como tal, aquellos que consten dentro del mismo título y capítulo establecido en el Código Orgánico Integral Penal.

La congruencia se rompe, cuando el Tribunal, cambia el delito juzgado por uno heterogéneo que proteja otro bien jurídico distinto.

En el Ecuador, la congruencia se marca sobre el hecho, mas no sobre el derecho, es decir, existe un sistema de congruencia genérica a diferencia de otros países como por ejemplo, Colombia, en el cual el sistema de congruencia es específico.

Para mayor abundamiento citamos la diferencia de las normas procesales tanto de Ecuador como de Colombia.

El Art. 619, numeral 2, del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano indica: “(...) La persona procesada no podrá ser declarada culpable por hechos que no consten en la acusación (...)”

Por su parte el Art. 448 del Código Procesal Penal Colombiano sostiene: “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”.

La diferencia radica, que en Colombia no solo se verifica la congruencia sobre el hecho constante en la acusación fiscal, sino también sobre el delito que obra en ella, mientras que en el caso ecuatoriano el sistema de congruencia analiza el hecho de la acusación, bajo la premisa mencionada anteriormente, esto es que la decisión judicial mantenga uniformidad con bienes jurídicos homogéneos y además, que no afecte o empeore la situación jurídica de la persona sobre la cual se dictará sentencia, pues de ser así al caso se hubiese tenido que aplicar la reformulación de cargos en el momento procesal oportuno.

5.14. Subsidiaridad

Se toman en cuenta los demás principios generales de la vía ordinaria, en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del control constitucional.

La subsidiariedad a su vez, puede ser analizada al momento de aplicar la selección de vías procesales para subsanar los derechos constitucionales vulnerados.

En el derecho procesal constitucional ecuatoriano, se debe entender entonces que, frente a la violación de derechos constitucionales, el afectado tiene la posibilidad de escoger, si decide acudir a la vía ordinaria o en su defecto, subsidiar la vía y acudir directamente a la justicia constitucional.

Partes procesales → Legitimado activo o accionante, legitimado pasivo o accionado (sólo en materia constitucional).

Interpretación sistemática → Va desde lo general hasta lo particular (Art. 3 núm. 5 LOGJCC). CASAVERDE manifiesta que, ésta interpretación sistemática constitucional, obedece a que la Constitución se constituye como un sólo cuerpo orgánico y entre sus cláusulas no existe contradicción (CASAVERDE, 2013).

En concordancia, FRIEDRICH VON SAVIGNY, considera que el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas de derecho en el seno de una vasta unidad²¹.

21 VON SAVIGNY, F. K., *Sistema de Derecho Romano actual* (traducción de Jacinto Mesa y Manuel Poley) 2ª ed. Analecta-Madrid, 2004.

Interpretación teleológica → Va desde lo particular hasta lo general. Es más constructivista. (Art. 3 núm. 6 LOGJCC).

Interpretación evolutiva → Constante cambio. (Art. 3 núm. 4 LOGJCC).

Interpretación literal → Aplicación literal de la norma. (Art. 3, núm. 7 LOGJCC) en este sentido, la interpretación literal se realiza de conformidad con el uso de las palabras y con la conexión de estas entre sí. Por otra parte, la interpretación de las disposiciones de derechos fundamentales, en casi todas las constituciones de los Estados modernos, se realiza conforme a la literalidad y morfología de sus palabras (CASAVARDE, 2013).

Interpretación histórica → Que toma en consideración el origen de la norma, es decir, el proceso a través del cual ha sido producida (PÉREZ, 2010)

La subjetividad de este método radica en la búsqueda de lo que quiso decir en su tiempo el constituyente (CASAVARDE, 2013)

Otros métodos de interpretación → La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo a los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación (Art. 3 núm. 8 LOGJCC).

Adicionalmente a los métodos anteriormente estudiados, EFRAÍN PÉREZ, establece otros métodos de interpretación (PÉREZ, 2010):

- **Método de Interpretación Constitucional.**- Entendemos las disposiciones constitucionales (texto constitucional) son sujetas a interpretación por el operador jurídico.
- **Método de Interpretación Lógica.**- Busca la conexión entre la norma con las demás disposiciones a fin de clarificar los casos donde ésta última sea dudosa, confusa, ambigua u oscura.
- **Método de Interpretación Histórica.**- Que toma en consideración el origen de la norma, es decir, el proceso a través del cual ha sido producida (PÉREZ, 2010).

La subjetividad de este método radica en la búsqueda de lo que quiso decir en su tiempo el constituyente.

- **Método de Interpretación Comparativo.**- El derecho casi universalmente ha sido entendido como un orden de naturaleza social que permite la convivencia en armonía, RAMÓN SORIANO DÍAZ, expresa que el “derecho más que un objeto de la actividad del ser humano, es la actividad humana misma en el seno de las relaciones sociales; es decir, el Derecho es una constante creación humana difícilmente reducible a uniformidad y a criterios taxativos de ordenación” (CASAVARDE, 1986).

CAPÍTULO VI
MODELOS O SISTEMAS DE
JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y
CONTROL CONSTITUCIONAL

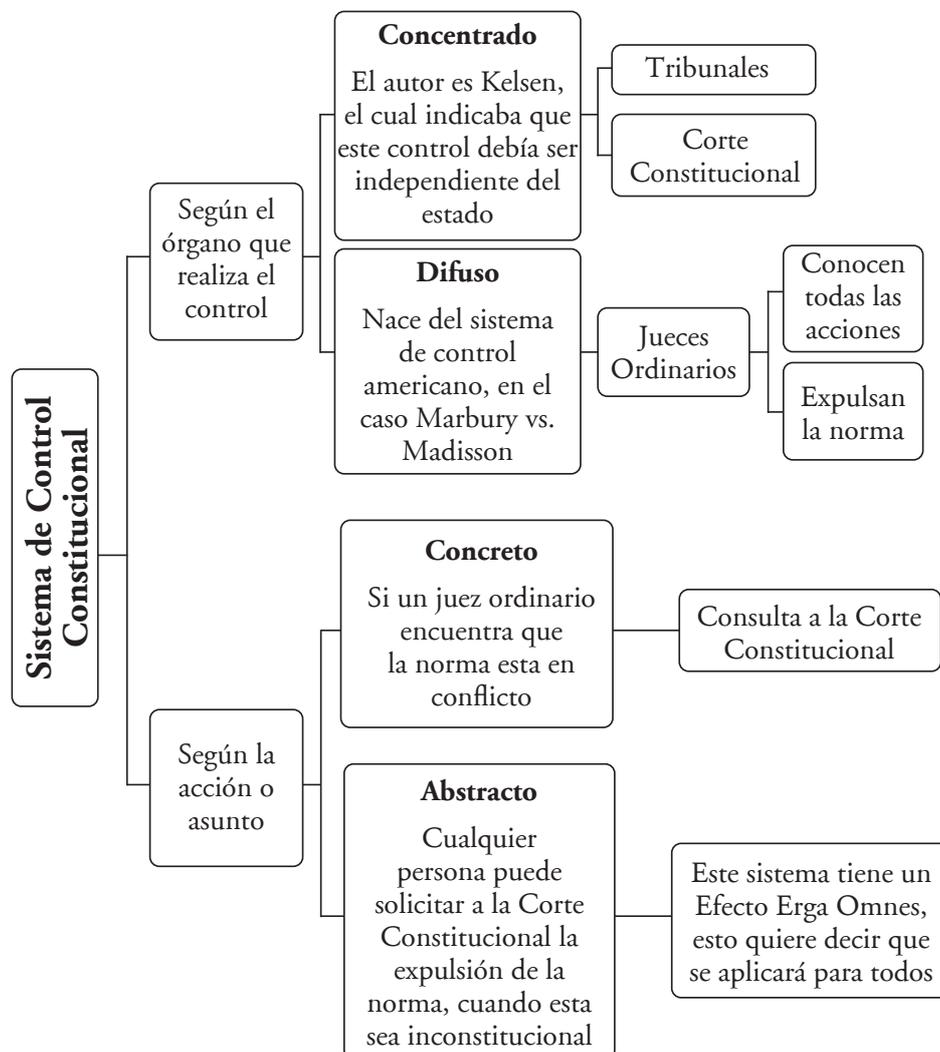


6.1. Sistemas de Control Constitucional a nivel mundial

Hablar de control constitucional puede resultar extenso, más aún cuando según la clasificación que se adopte puede existir más de un sistema de control constitucional.

Para fines didácticos e ilustrativos indicaremos y explicaremos los Sistemas de Control Constitucional Universales y luego de ellos el Sistema de Control Constitucional existente en el Ecuador.

Gráficamente los sistemas universales de control constitucional los podríamos ubicar tal como se detalla a continuación:



Antes de entrar a conceptualizar cada sistema de control, tendríamos que indicar que siempre existirán dos clasificaciones: según el órgano que ejerce el control y según el tipo de asunto o acción planteada.

Esta diferencia es de vital importancia para la comprensión y aplicación del sistema de control, pues uno de los errores frecuentes es confundir los conceptos dentro de estos sistemas.

Según el órgano que ejerce el control:

Podemos encontrar al sistema de control concentrado y al sistema de control difuso.

Sistema de Control Concentrado

Se entiende por sistema de control concentrado bajo el pensamiento de PIZZORUSSO, como aquel que se le confía únicamente al órgano o Juez que le corresponda la decisión sobre la causa que se está llevando a cabo en el ámbito de un juicio, de manera que su deber sea determinar la constitucionalidad de una norma (PIZZORUSSO, 2006).

Esto quiere decir, que este sistema de control es uno de los más antiguos que existen, pues sintetiza con claridad meridiana la idea de Kelsen de un Tribunal de justicia especializado en materia constitucional, sobre el cual recaen todas las competencias sobre garantías jurisdiccionales, excluyendo a cualquier Juez de la justicia ordinaria en su tramitación. La piedra angular de este sistema de control son los Tribunales Constitucionales o en su defecto las Cortes Constitucionales.

El efecto en el sistema de control concentrado siempre será interpartes, a menos que, la Corte Constitucional decida aplicar un efecto distinto (al menos en el caso ecuatoriano).

Sistema de Control Difuso

El otro sistema de control dentro de esta clasificación es el también denominado Sistema Norteamericano de Control Difuso.

SEPÚLVEDA, desarrolla con más detalle el Sistema Norteamericano de Control Difuso, que tiene su origen en el mencionado caso *Marbury vs. Madison*, John Adams, Presidente de los Estados Unidos en aquella época, ofrece a John Jay, primer Presidente del Tribunal Supremo de la Nación (1789-1795), que se mantuviera en el mismo cargo, oferta que fue, ya para 1800, en vista de la negativa por parte de Jay y ya en los tramos finales de su presidencia John Adams,

con aprobación del Senado, nombró a John Marshall como *Chief Justice* del máximo organismo jurisdiccional de los Estados Unidos y a Marbury como Juez Federal del distrito Columbia.

Concluido el periodo presidencial de John Adams, le sucede en la presidencia de los Estados Unidos, Thomas Jefferson (1801-1809), tiempo en que aún, el nombramiento para el cargo de Juez Federal a Marbury no le había sido asignado, mismo que debía ser otorgado por el Secretario de Estado, Madison, y el cual se resistía a cumplir con la entrega del nombramiento, ante lo cual Marbury presenta una acción judicial ante el Tribunal Supremo a través de un *Writ of Mandamus*, a fin de que se le notificara a Madison que cumpla con la entrega de su nombramiento, invocando la *Judiciary Act* de 1789.

En la sentencia del Tribunal, motivada por Marshall, se reconoce el nombramiento de Marbury, pero así mismo resuelve que el Tribunal Supremo es solo una instancia de apelación más no administrativo, por lo cual haber invocado ante ellos la *Judiciary Act* de 1789 resultaba inconstitucional, por ende, resultaría inaplicable, fallo que, conmocionó el sistema jurídico a través de aquella impecable y asombrosa declaración de inconstitucionalidad. La sentencia entiende, pues que dicha competencia contradecía a la Constitución, en base a lo cual, implicándola, el Tribunal Supremo rehúsa pronunciarse y declara en terminología actual la inadmisibilidad de la demanda por falta de jurisdicción (SEPÚLVEDA, 1985).

A esto, cabe notar que John Marshall, constituye uno de los más grandes magistrados, cuya extraordinaria personalidad llevó a los demás integrantes del Tribunal Supremo a identificar consensualmente sus convicciones jurídico-políticas, abriendo camino sobre su propio andar, a través de sus magistrales fallos (ETO CRUZ, 2013).

Como anota COLMES, “si el Derecho americano, hubiera de estar representado por un sólo hombre, tanto los escépticos como los incondicionales, estarían sin duda alguna de acuerdo en que ese puesto sólo puede corresponder a una persona: John Marshall” (SCHWARTZ, 1990).

La importancia del Caso Marbury vs. Madison se da en el siguiente sentido: “Si la primera parte de la alternativa fuese cierta, entonces una Ley contraria a la Constitución no es derecho. Si fuese cierta la última parte, entonces las Constituciones escritas no serían más que intentos absurdos del pueblo de limitar un poder que por naturaleza, escaparía a todo límite” (GARCÍA TOMA, 2006).

En síntesis, el sistema de control difuso o norteamericano tiene dos características puntuales:

- a. Todos los Jueces de la justicia ordinaria pueden conocer acciones tutelares, y,
- b. Todos los Jueces actúan como legisladores negativos, es decir, expulsan la norma.

Este sistema de control difuso, necesariamente debe contener estas dos características, caso contrario pierde su esencia. El efecto de este sistema de control siempre será *erga omnes*, toda vez que el Juez tiene la potestad de expulsar la norma jurídica.

Según la acción planteada:

El Sistema de Control puede dividirse en concreto y abstracto.

Control Concreto

Denominaremos sistema de control concreto a la consulta que presunta incompatibilidad constitucional de una norma, mediante la cual un Juez en el conocimiento de una causa dentro de cualquier materia, decida someter a evaluación ante una Corte Constitucional la validez constitucional de dicha norma.

En este sistema de control siempre se requiere que un Juez realice la consulta. Los efectos de este sistema de control tácitamente podríamos considerarlo como *erga omnes*.

Control Abstracto

Finalmente, el sistema de control abstracto tiene su origen en la impugnación realizada por cualquier persona con relación a un elemento normativo.

Esto quiere decir, que cualquier persona que considere a una norma como contraria con el texto constitucional puede solicitar que el máximo organismo de Administración de Justicia Constitucional lo expulse del ordenamiento jurídico.

La competencia de este sistema de control le corresponde a la Corte Constitucional y su efecto lógicamente será *erga omnes* en cuanto a la naturaleza de su decisión.

6.2. Sistemas de Control Constitucional en el Ecuador

Los sistemas de control antes mencionados (universales), parcialmente los encontramos recogidos dentro de nuestro sistema constitucional.

Para iniciar esta explicación, debemos indicar que en el caso ecuatoriano debemos realizar la misma división realizada en la explicación anterior, esto quiere decir, que en el Ecuador existen dos clasificaciones para comprender el sistema de control constitucional:

- a. Según el órgano
- b. Según la acción planteada

Es claro y notorio que según el órgano que ejerce el control, la Corte Constitucional Ecuatoriana, tiene competencia privativa para el conocimiento directo y único de ciertas garantías jurisdiccionales, por ejemplo, la acción extraordinaria de protección y acción por incumplimiento.

De esta forma existen ciertas garantías jurisdiccionales que solo pueden ser conocidas por la Corte Constitucional, empero, sus efectos seguirán siendo interpartes (a menos que la propia Corte aplique lo previsto por el Art. 436 de la Constitución que más adelante detallaremos).

Según el Órgano:

Eliminación del sistema difuso en el Ecuador

Para explicar la existencia o inexistencia del sistema de control constitucional difuso en el Ecuador, necesariamente tendríamos que retroceder hasta la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho, pues en esta Constitución, se permitía al Juez no solo el conocimiento de las acciones tutelares sino a su vez la facultad de inaplicar la norma (efectos de expulsión previo informe al Tribunal Constitucional de la época).

Esto quiere decir, que en este modelo de Estado un Juez dentro de la justicia ordinaria o constitucional tenía la posibilidad no solamente de conocer acciones tutelares, sino también actuar como legislador negativo, y por ello, en este modelo de Estado podríamos indicar que existió no solamente el sistema de control concentrado de constitucionalidad, sino también un sistema de control difuso.

Ahora bien, la falta de unificación de criterios en la práctica procesal constitucional provocaron que la vigencia del control difuso sea revisada por la Asamblea Nacional Constituyente en 2008; y en esa instancia se resolvió reemplazar lo previsto en el artículo 274 de la Constitución del Estado Social y Democrático de Derecho por lo previsto en artículo 426 y 428 de nuestra actual Constitución que indica, en el primer caso, que serán de aplicabilidad directa y cumplimiento obligatorio, todas las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre y cuando estas sean más favorables que las ya establecidas dentro de la Constitución, y

en segundo lugar (Art. 428 de la Constitución) la posibilidad de consultar la constitucionalidad de la norma ante la Corte Constitucional.

De igual forma, no es factible justificar la inaplicación de un principio o derecho reconocido en la Constitución, alegando desconocimiento de ley o falta de la misma.

Esto quiere decir que, si bien es cierto, se reconoce la posibilidad de que todos los Jueces puedan conocer acciones tutelares, no es menos cierto que estos jueces no pueden actuar como legisladores negativos, y en su defecto lo que corresponde es aplicar directamente la norma constitucional, aunque el sistema infra constitucional diga lo contrario, es decir, se crea un perfecto sistema de solución de antinomias.

En el eventual conflicto de normas sea de rango constitucional (principios), el Juez si bien es cierto, no puede aplicar una solución de antinomias, pero, puede aplicar un principio básico de interpretación constitucional como lo es la ponderación, la misma que se explicará en párrafos siguientes.

Cabe destacar que cuando no es factible la solución del conflicto en base a ningún sistema interpretativo, la aplicación del sistema de control concreto (consulta de norma) es imperativo.

Control Concentrado en el Ecuador

En líneas precedentes, definimos al sistema de control concentrado como aquel en el que predomina el funcionamiento de un órgano especial para conocer diversos tipos de acciones, a partir de esta definición, en el Ecuador en 2008 por medio de una Asamblea Constituyente se realizaron múltiples cambios en materia constitucional de gran avance y se planteó la posibilidad de crear un órgano que pueda conocer causas relativas a sus competencias, dando origen así a la Corte Constitucional o Tribunales Especializados, cuyas decisiones se sustentan en un efecto interpartes.

Bajo este control se le atribuyen una serie de competencias a la Corte Constitucional, básicamente el de precautelar lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador o intervenir ante cualquier acto inconstitucional que vulnere derechos respectivamente, convirtiéndose en un órgano independiente, tal como lo establecía Kelsen de todo el sistema político y de justicia, esto con el fin de garantizar una correcta autonomía y funcionamiento en el ámbito constitucional.

En palabras de JUAN MONTAÑA PINTO: “El hecho de que exista un control de constitucionalidad concentrado donde existe un órgano especializado para realizar esta función, garantiza la Supremacía Constitucional y la observancia de los demás poderes públicos a la Constitución. El fundamento último de lo

expuesto es que la democracia requiere de la existencia de un órgano totalmente independiente que garantice al ciudadano la libertad y la igualdad y lo protege de las arbitrariedades en que se puede incurrir con el poder del Estado²² (MONTAÑA, 2011).

En síntesis, según el órgano que ejerce el control podemos indicar que, en el caso ecuatoriano tenemos dos sistemas de control: concentrado y de aplicabilidad directa.

Finalmente, según el tipo de acción o asunto, el Ecuador mantiene perfectamente los dos sistemas universales, esto es, los sistemas concreto y abstracto.

Según la acción:

Sistema de Control Concreto en el Ecuador

El sistema de control concreto, lo podemos encontrar en el artículo 428 de la Constitución Ecuatoriana dentro del cual se indica que, en el momento en que se considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o los instrumentos internacionales, se suspenderá la tramitación de la causa que se persigue y se remitirá en consulta a la Corte Constitucional. Si dentro del plazo establecido, la Corte no se pronuncia, se podrá interponer la acción que amerite para el caso.

AnálisisdesentenciaNo.00-13-Sep-SCN-CC.CasoNo.0535-12-CN. Criterios que deben ser observados por las Juezas y Jueces al momento de elevar consulta de norma

El análisis referente a esta resolución, tiene la intención de explicar, que los Jueces para activar el sistema de control concreto de constitucionalidad, deben exponer claramente cuál es la duda razonable que justifique tal consulta.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo ubicado en Cuenca-Ecuador, remite un expediente al Pleno de la Corte a fin de que ésta conozca y resuelva con respecto a la duda de la norma, dada la existencia de una dicotomía con respecto a las vías judiciales aplicables para resolver un proceso de excepciones a la coactiva, por lo dispuesto en el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador, el mismo que estipula que las Juezas y Jueces, al considerar que una norma es contraria a la Constitución deben suspender la sustanciación del proceso y remitir dicho juicio a la Corte a fin de que ésta resuelva y se pronuncie

22 MONTAÑA PINTO, J., *El derecho a renacer: aproximación fenomenológica a la Justicia Constitucional en Ecuador.*, en: MONTAÑA PINTO, ed. 2011. Quito, Ecuador.

con respecto a que si la norma es o no contraria a la Carta Magna y de serlo, se declare la inconstitucionalidad de la misma.

Es así como la Corte Constitucional para el periodo de transición recibe el expediente del mencionado proceso, el 13 de agosto del 2012, día en que a su vez certifica que no se ha presentado otro proceso similar.

Posterior a la posesión de los nueve Jueces de la Primera Corte y al haberse realizado el respectivo sorteo, de acuerdo al artículo 195° de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se remitió el proceso al Juez ponente el 04 de diciembre de 2012 para que actúe y sustancie la causa.

La Corte Constitucional en esta resolución arguye que, en la consulta presentada por los Jueces, no se identifica como tal cual es la norma que se presume contraria a la Constitución y tampoco se evidencia una duda razonable para elevarla a consulta.

En la consulta se plantea que, existen dos normas que establecen un procedimiento viable en función de las excepciones a la coactiva, en primer lugar, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prevé un mecanismo únicamente para aquellas excepciones provenientes de la Contraloría General del Estado y de los GADS; a su vez, la otra opción de procedimiento viable a resolver la causa, es el que determina el Código de Procedimiento Civil; sin embargo, en este procedimiento se regulan aquellos procesos de excepciones a la coactiva que provengan de otras entidades del Estado.

De acuerdo a las premisas que se plantean en esta solicitud, se evidencia que el objetivo de la consulta radica en que la ley no define cual es el procedimiento adecuado para sustanciar la causa, en virtud de existir dos vías aplicables y no un procedimiento único.

Entonces, la duda no es con respecto a la presunta contrariedad de una norma, sino más bien con respecto a que mecanismo es el adecuado para resolver y sustanciar el expediente del juicio remitido al pleno de la Corte, por parte de los jueces.

Con este antecedente la Corte Constitucional consideró qué Jueces deben aplicar el control concreto de constitucionalidad, cuando presenten una duda razonable que imposibilite la sustanciación de la causa.

La Corte indicó que si bien, se faculta a los Jueces ordinarios a elevar una norma a consulta cuando se encuentren frente a una duda razonable y motivada, es menester una interpretación un poco más profunda con relación a la existencia de una duda razonable.

Se determinó entonces que para la aplicación de la consulta de norma debe considerarse lo siguiente:

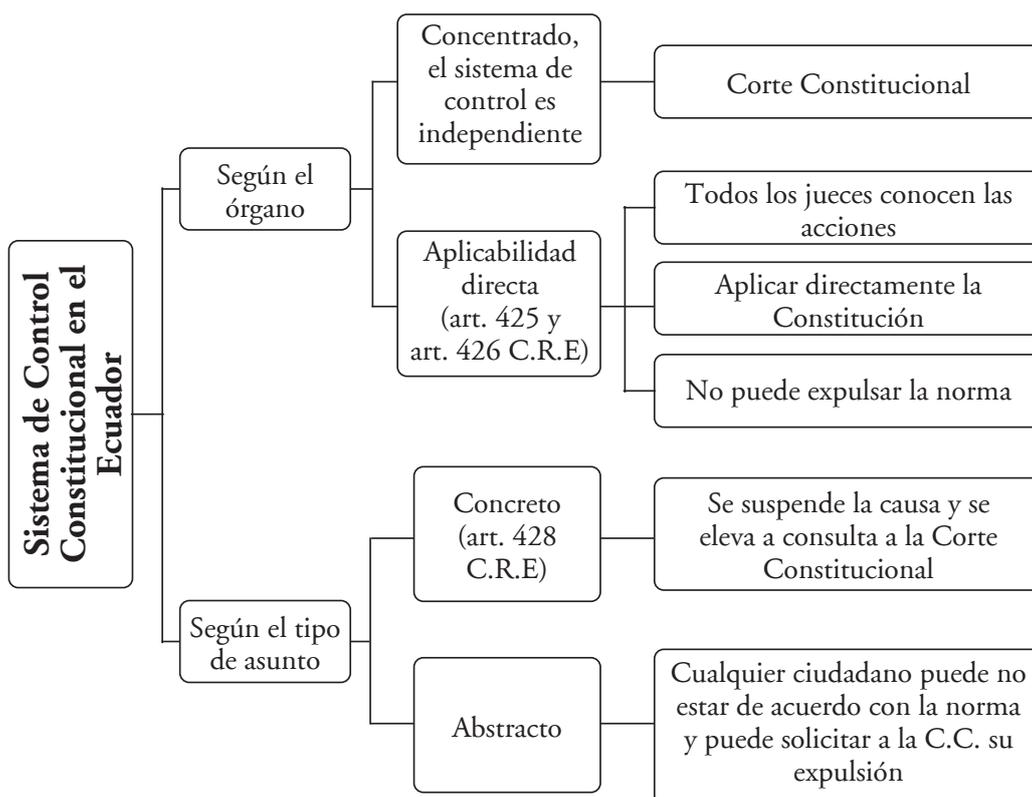
1. Cuál es el enunciado normativo cuya constitucionalidad se consulta.
2. Principios constitucionales que se presumen violados.
3. Explicación fundamentada de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto a la decisión de un caso en concreto.

Es así que en el caso materia de análisis, los Jueces consultantes no identificaron como tal cuál es el enunciado normativo, solo aducen una duda con respecto a la vía adecuada aplicable para sustanciar una causa, por lo tanto, la consulta planteada no cumple con el primer presupuesto.

Sistema de Control Abstracto en el Ecuador

Con relación al Sistema de Control Abstracto de Constitucionalidad se puede indicar que, en la Constitución ecuatoriana, así como todo el sistema constitucional reconoce su existencia en base a todas las competencias privativas y excluyentes de la Corte Constitucional, entre las que se encuentran la acción de inconstitucionalidad, acciones de interpretación, dictámenes y demás pronunciamientos políticos de la Corte Constitucional con relación a la parte orgánica de la Constitución.

Podríamos considerar de manera práctica al Sistema de Control Ecuatoriano como en el siguiente cuadro:



CAPÍTULO VII

PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD



Concepto de Ponderación

El sistema de ponderación surgió principalmente bajo los conceptos de ROBERT ALEXY, quien consideraba que era necesario buscar una fórmula objetiva en la cual se desarrolle una adecuada resolución de conflictos. En dicha fórmula ALEXY explica que, cuando se producen dichos conflictos es necesario resolverse aplicando un test de proporcionalidad, lo que él determina como una especie de meta-principio, dentro del cual se consta tres subprincipios que son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Referente a ello, el de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización con relación a las posibilidades fácticas, esto es, aquello que limita un derecho para satisfacer otro de ser el caso.

Concepto de Proporcionalidad

En cuanto a la proporcionalidad, ésta tiene que ver por el contrario, con la optimización en relación con las posibilidades normativas.

En terminos sencillos, la ponderación representa una herramienta que garantiza la aplicación de decisiones proporcionales. Esta proporcionalidad debe ser aplicada a fin de que la decisión judicial aportada en un proceso constitucional no aplique medidas que no sean adecuadas ni necesarias en desmedro de un principio.

Se entiende entonces que la proporcionalidad en la decisión, deviene de un análisis profundo relacionado con las premisas fácticas existentes en el proceso, en armonía con los elementos probatorios aportados.

La decisión solo será proporcional en el momento en que, se atraviere un correcto sistema ponderativo de derechos.

De igual forma, no es factible confundir los diferentes conceptos existentes en el sistema procesal, pues la proporcionalidad en materia penal, por ejemplo, tiene vertientes distintas. En materia penal la proporcionalidad de la decisión tiene que ver exclusivamente con la graduación de la pena a imponerse y las medidas de reparación integral dictadas.

Características de la ponderación

Bajo el concepto de ALEXY, la ponderación se consolida por la agrupación de tres elementos necesarios para su aplicación, estos son: la Ley de Ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

Bajo la premisa “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”, es como se debería formular la Ley de Ponderación.

La fórmula del peso se consolida por tres variables, dentro de las cuales debe considerarse el peso abstracto de los principios a tratarse, el grado de afectación de dichos principios y la seguridad de las apreciaciones empíricas, por lo que resalta que a dichas variables es necesario atribuirles valores numéricos que les den peso, en tanto estos sean intenso, medio o leve (ATIENZA y GARCÍA, 2016).

7.1. Reglas vs. Principios

Antes de entrar al análisis de la ponderación en sentido estricto, es necesario analizar el concepto de norma jurídica. De igual forma diferenciar los conceptos de las denominadas “reglas” y “principios”.

De esta forma, la norma jurídica esta compuesta por reglas y por principios. Las reglas serán todas las normas infra constitucionales, mientras los principios serán aquellos establecidos como tales dentro de la propia Constitución.

Si dichas normas jurídicas son consideradas como reglas, en caso de existir conflictos entre ellas, se aplicará una solución de antinomias, entiéndase como tal la aplicación de la norma jerárquicamente superior, especial o de ser el caso una posterior si es más beneficiosa para la efectiva vigencia de los derechos.

Por el contrario, cuando existen conflictos entre principios, el método adecuado para la solución de los mismos, sería la ponderación.

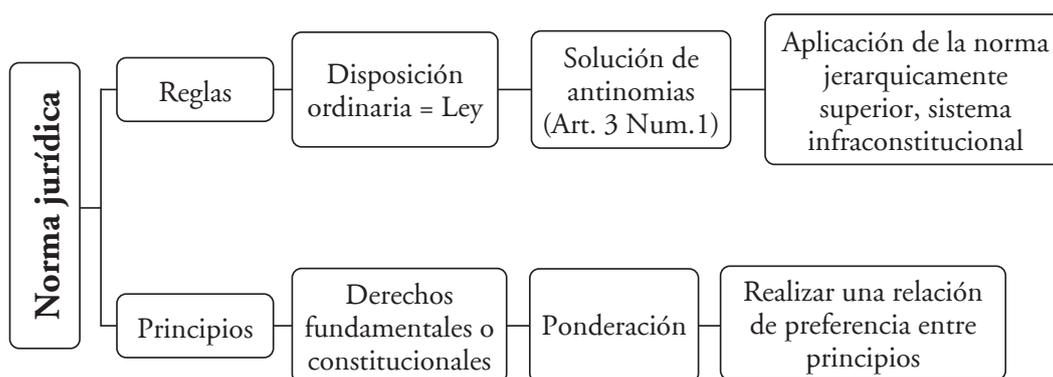
En síntesis, para la aplicación de la ponderación, se debe obligatoriamente excluir cualquier norma infraconstitucional. La aplicación de la ponderación será únicamente cuando haya conflicto entre principios constitucionales.

Los principios o derechos constitucionales, no forman parte del sistema infra constitucional. En el Ecuador, todos los derechos constitucionales serán de igual jerarquía, según lo estipula el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador.

Ponderar, representa el ejercicio mental realizado por el Juez, en el cual frente a la existencia de conflictos entre dos derechos/principios, deba realizar una relación de preferencia, inclinándose por uno de ellos.

La finalidad de esta ponderación será la proporcionalidad de la decisión judicial, a la cual se debe arribar en base a un test especial.

Detalladamente lo podemos entender de la siguiente manera:



7.2. Fórmula de la ponderación (Diseño de Robert Alexy)

$$PSI = \frac{D_I \times P_A \times V_I}{D_\delta \times P_\delta \times V_\delta} = \frac{\text{Derechos intensamente afectados}}{\text{Derechos en restricción}}$$

V = Variable empírica

I = Peso

δ = Contrapeso o derecho de restricción

V_I = Variable empírica

D = Derecho fundamental

P_A = Peso abstracto

(2) = leve
(3) = medio
(4) = grave

Con la aplicación de la fórmula del peso se pretende, que la decisión judicial que se adopte, cuente con una explicación completamente verificable en base a premisas objetivas que traten en la medida de lo posible limitar la subjetividad del juzgador.

Siendo así, para la aplicación de esta fórmula, se analiza la intensidad de la afectación vs. la necesidad de la restricción.

En términos sencillos, en toda la parte superior se analizará la intensidad de la afectación, mientras que en la parte inferior se analizará la necesidad de la restricción.

Una forma sencilla de identificar al derecho o principio intensamente afectado, es la determinación del hecho generador, de tal suerte que aquel principio

que genera todo el conflicto, sería aquel que deba ubicarse en la parte de intensidad de la afectación (*superior*).

Por su parte, la “*necedidad de la restricción*” será aquel principio que tuvo que ser afectado de forma secundaria para la prevalencia del primer principio “*intensamente afectado*”.

Los pesos abstractos (Pa) se analizan en intensidad y afectación (Pj). Representan valores especiales y en ocasiones promueven la cuantificación especial en función de la importancia de ciertos principios. En el caso ecuatoriano, todos los derechos son plenamente justiciables y de igual jerarquía. Por ello, el peso abstracto en esta fórmula no es aplicable.

En el Ecuador se aplica la siguiente fórmula:

$$F = \frac{D_I \times V_I}{D_\delta \times V_\delta} = C \longrightarrow \text{Coeficiente}$$

Las siglas (Vi) y (Vj) representan las denominadas variables empíricas, las cuales representan todos los presupuestos fácticos del conflicto. Muestran detalles y particularidades únicos, los mismos que servirán para desarrollar el ejercicio ponderativo. Cabe indicar que una misma variable será analizada en intensidad (Vi) y en afectación (Vj).

Cada variable tendrá una asignación numérica en función del nivel de daño o peligro. De esta forma es factible asignar un valor en función del nivel de afectación al principio, éste será analizado en función de la afectación leve, media o grave (*Observar la grafica superior*).

Un detalle especial de la ponderación es que el estudio de las variables debe ser en forma exclusiva para cada uno de los derechos ponderados. De igual forma cada variable deberá ser seleccionada de forma individual. La correcta identificación de variables permitirá optimizar el proceso ponderativo.

Cabe señalar que el uso de esta fórmula no es preciso, si bien es cierto, el diseño y aplicación de la misma, permite al Juez realizar un auto examen relacionado con el contenido de la decisión, no es menos cierto, que en ciertos momentos adolece de aspectos subjetivos.

Y es precisamente la subjetividad la crítica más grande a esta teoría, pues si bien se busca generar procesos objetivos en su aplicación, sin embargo, en la cuantificación de las afectaciones, se generan indiscutiblemente un sesgo de subjetividad en función de quien la aplique.

7.3. Análisis de sentencia No. 002-09-SAN-CC sobre la Ponderación en el Ecuador

El 25 de noviembre de 2008, los accionantes, a través de una acción por incumplimiento, en contra del señor Procurador General del Estado y los señores Gerente General y Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, consideraron lo siguiente:

Con respecto al señor Procurador General del Estado, en relación a la consulta solicitada por el señor Directivo Ejecutivo del Consejo Nacional de Discapacidades, señaló que, el Art. 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades es contradictorio con el Art. 27 literal i de la Ley Orgánica de Aduanas, Art. 50 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres y Art. 6 del Convenio de Complementación en el sector automotriz, así como el medio ambiente y los derechos del consumidor.

En razón de ello, el señor Procurador señaló que el Art. 23 de la Ley de Discapacidades resulta inadmisibles, lo que repercute directamente en la imposibilidad de importar vehículos no ortopédicos y vehículos de hasta tres años de fabricación, a esto el Consejo Nacional de Discapacidades presentó recurso de reconsideración sobre el dictamen proferido por el señor Procurador General del Estado, quien lo rechazó mediante oficio.

En razón a lo dicho, los accionantes plantean acción por incumplimiento, ya que consideran que el Art. 23 de la Ley de Discapacidades no puede ser incumplido, más aún si se consideran las repercusiones e infracciones respecto al contexto normativo constitucional e internacional de derechos humanos.

Con respecto a los señores Gerente General, y Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, los accionantes insisten que los trámites de importación en la Corporación Aduanera Ecuatoriana se vieron suspendidos por el pronunciamiento del Procurador General del Estado, que impide importar vehículos de hasta tres años de fabricación y vehículos no ortopédicos.

Los señores accionantes, citan en su favor, las resoluciones No. 077-07-RA y No. 335-98-TC.

Indican que la Corporación Aduanera Ecuatoriana no autorizó el embarque del automóvil ortopédico de hasta tres años de fabricación, a causa del pronunciamiento del señor Procurador General del Estado, identificando así una serie de derechos presuntamente comprometidos por tal incumplimiento, son así los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, el principio de igualdad y no discriminación, teniendo como pretensión entonces que, tanto el Procurador General del Estado, así como la CAE cumplan con la normativa establecida y permitan el embarque de los vehículos, con el fin de que se cum-

plan los derechos de los accionantes y de la población en general que sufre situaciones similares: esto porque los pronunciamientos del Procurador afectan a los discapacitados en su conjunto y porque la actitud de la Corporación Aduanera Ecuatoriana habría sido recurrente y reiterada en base a los pronunciamientos del Procurador General del Estado.

A estas alegaciones el señor Procurador General, se pronunció en su contestación y dijo que según los Arts. 3 y 13 de la Ley Orgánica Institucional, no incumplen ni se niegan a cumplir ninguna norma con rango de Ley, que este no ha descatado ninguna norma, sino emitir un pronunciamiento cuyo análisis se fundamentó en lo dispuesto en los Arts. 163 y 272 de la Constitución vigente, por lo cual los accionantes no pueden alegar que por el pronunciamiento emitido por la Procuraduría, no se ha podido ejecutar resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional, además las consultas que absuelve el Procurador se refieren a la aplicación de normas constitucionales, legales, reglamentarias y de otro orden jurídico, más por lo dispuesto en las Reglas dictadas por la Corte Constitucional, el Procurador no es la autoridad obligada a cumplir ninguna sentencia o informe respecto al caso en análisis, por lo que no habiendo incumplido norma alguna, sentencia o informe internacional de Derechos Humanos, solicita se niegue la acción planteada en contra de él.

Así mismo, el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, manifiesta que los señores accionantes al presentar la solicitud correspondiente para que se autorice la importación del vehículo ortopédico, se les solicitó la presentación de factura o proforma a fin de individualizar el vehículo que pretendían importar, que en el caso de uno de los accionantes, si se le otorgó la orden de importación con exoneración de derechos arancelarios en el 2000, por lo cual también solicita que se rechace la acción por incumplimiento planteada por no reunir los requisitos que determina la Constitución, que son la presentación de los documentos necesarios para finalizar los trámites respectivos, que a esa fecha continuaban pendientes.

Ahora, la Corte Constitucional realiza un análisis de fondo de la causa y se pronuncia respecto al presunto incumplimiento del señor Procurador, manifestando que la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, le confiere la facultad de observar consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como personas jurídicas de derecho privado sobre la aplicación de normas constitucionales o de otro orden jurídico.

En cumplimiento con las normas citadas y sobre la base de la consulta solicitada por el Director Nacional del Consejo Nacional de Discapacidades, declaró inaplicable el Art. 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapa-

ciudades, y la declaratoria de inaplicabilidad de un precepto normativo que no puede entenderse como incumplimiento, en el eventual caso, que a partir de un análisis de inaplicabilidad se vulneren derechos fundamentales, la vía idónea constitucional sería la acción de protección.

De este modo, la Corte Constitucional no puede admitir que mediante acción por incumplimiento se impugne la constitucionalidad del dictamen en cuestión, en razón de esto el señor Procurador, con la emisión de su dictamen, cumplió con las atribuciones que la Constitución le confiere, por lo cual no se evidencia una omisión de incumplimiento alguno.

Por último, respecto a la presunta inobservancia de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, la Corte detectó que el señor Procurador emitió el dictamen objeto de la presente acción, posterior a las fechas en que el Consejo Nacional de Discapacidades autorizó la importación de vehículos automáticos de hasta tres años de fabricación libres de impuestos a favor de los accionantes, en razón de ello, resulta claro que dicho dictamen no puede ser aplicado de manera retroactiva y menos aún puede afectar situaciones jurídicas firmes, por otro lado, la consulta efectuada por el Director Nacional de Discapacidades ante el Procurador General del Estado sobre la aplicabilidad del Art. 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades, fue posterior, a las autorizaciones de importación por parte del CND, por tanto el dictamen del señor Procurador resulta vinculante para el CONADIS.

Adicionalmente, el momento en que los accionantes obtuvieron las autorizaciones por parte del CONADIS, se encontraban vigentes los dictámenes emitidos por el señor Procurador, oficio No. 27235 y oficio No. 27338, tales que garantizaban la aplicabilidad del Art. 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades, y la importación de vehículos ortopédicos, no ortopédicos y de hasta tres años anteriores a la fecha de autorización del CONADIS, dejando en claro que el órgano encargado de emitir las autorizaciones era el Consejo Nacional de Discapacidades, por tanto la Corporación Aduanera Ecuatoriana debió someter sus actuaciones al contenido de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado.

No obstante, del proceso se desprende una serie de oficios emitidos por la Corporación Aduanera Ecuatoriana en 2007, configurándose un claro incumplimiento de fondo al Art. 23 de la Ley Reformatoria y los dictámenes emitidos por el señor Procurador en 2006, esto es, no sólo que el señor Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana se atribuyó competencias que no le corresponden sino que, además contravino expresamente aquella obligación prevista en el Art. 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades, con-

figurándose una omisión de cumplimiento por parte del Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, teniendo como consecuencia la restricción en el ejercicio de los derechos de los accionantes y de las personas y grupos de atención prioritaria.

Para este caso, la Corte decidió recurrir al método de la Ponderación, que se genera a partir del uso de la fórmula del peso, dando como resultado que la satisfacción del derecho al medio ambiente sano y del consumidor, no justifica la intervención en los derechos de los grupos de atención prioritaria, resultando inadmisibles e inconstitucionales la restricción a la importación libre de impuestos de vehículos automáticos de hasta tres años de fabricación a favor de la población discapacitada.

A lo que la Corte Constitucional resolvió, conceder la acción por incumplimiento en contra del señor Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, obligándolo a cumplir con el Art. 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades y con los dictámenes emitidos por el señor Procurador General del Estado, en agosto de 2006, por consiguiente una vez recibidas las facturas, para el caso de automóviles usados, deben limitarse a expedir las respectivas órdenes de embarque en favor de los accionantes, el incumplimiento de sentencias emitidas por la Corte Constitucional provocará la destitución del cargo sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar, además se declara inconstitucional el Dictamen No. 01421, emitido por el Procurador General del Estado, debiendo abstenerse a futuro a la emisión de dictámenes en las que se haga la interpretación de normas constitucionales.

La sentencia es de relevancia, ya que se aplica por primera vez la fórmula de la Ponderación en el Ecuador²³.

23 Sentencia No. 002-09-SAN-CC.

CAPÍTULO VIII
SISTEMA DE PRECEDENTES



Los sistemas de precedentes constitucionales surgen en el derecho anglosajón, añadiendo términos como *stare decisis* y *obiter dicta*.

Stare decisis son aquellos fallos reiterativos que resuelven la misma *ratio decidendi*.

Obiter dicta o traducido como “dicho sea de paso”, son cuestiones secundarias de una sentencia en la que se pronuncia el órgano jurisdiccional.

8.1. Jurisprudencia vinculante

Dentro del Ecuador generalmente conocemos como Jurisprudencia, en justicia ordinaria, a aquellos fallos de triple reiteración; sin embargo, en garantías jurisdiccionales, la jurisprudencia vinculante es una sentencia, una decisión judicial que la Corte Constitucional ha decidido transformarla en Jurisprudencia Vinculante estipulado en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador referente a las competencias de la Corte Constitucional.

En dicho articulado, se le faculta a la Corte Constitucional expedir sentencias referentes a las acciones de protección, de cumplimiento, hábeas data, hábeas corpus y demás procesos constitucionales que constituyan como jurisprudencia vinculante (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008).

Si en la *ratio decidendi* se señala el artículo mencionado anteriormente, significa que es jurisprudencia vinculante, por tanto, atrae un efecto *erga omnes*.

Todas las sentencias ejecutoriadas, impugnadas o no, obligatoriamente deben ir a la Corte Constitucional para que ésta a su vez, cree fichas de selección mediante criterios de selección y pueda armar una jurisprudencia vinculante.

La Constitución de 2008 trajo consigo diversos cambios respecto a la aplicación del precedente. Acorde a nuestro ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional representa una fuente de derecho, debido a que tiene la potestad de crear precedentes jurisprudenciales obligatorios.

8.2. Precedente obligatorio

Dentro de la Justicia Constitucional encontramos dos precedentes fundamentales, el primero de ellos es el precedente obligatorio.

Los precedentes obligatorios son aquellos que se resuelven por control concreto de constitucionalidad (consulta de norma), es así que adquiere la característica de ser vinculante.

Es decir, la Corte Constitucional no necesariamente acoge el artículo 436 numeral 6 de la Constitución, sin embargo, tiene efecto *erga omnes* en virtud de que el máximo organismo de interpretación constitucional está resolviendo sobre la constitucionalidad de la norma.

8.3. Precedente no obligatorio

Finalmente, los precedentes no obligatorios, serán aquellos que se pueden alegar, pero no se podrá exigir su aplicación dado que su característica principal es que son interpartes.

Los precedentes no obligatorios pueden generar *stare decisis* y *obiter dicta*, por medio de un fallo reiterativo de un nivel superior.

El principal efecto de un precedente constitucional, como ya ha sido indicado previamente, es que genera vinculación *erga omnes*. Esto es, desde el sentido abstracto, se convierte en una fuente formal de Derecho. A su vez, como sentido concreto, opera respecto de la actuación de los jueces sobre el acatamiento de los precedentes.

Se tiene también como efecto la inamovilidad *ex nunc* y *ex tunc*. El primero mencionado hace referencia al efecto que posee hacia el futuro, mientras que el efecto *ex tunc* consiste al efecto retrospectivo.

Al hablar de un efecto *ex nunc*, no existe manera de revisar lo que ha sido decidido, por ello, la aplicación del precedente será hacia el futuro. No obstante, sin contradecir la tesis anterior, cuando se trate de un efecto *ex tunc* se podrán retrotraer ciertos efectos por cuestiones sociales o políticas determinadas, esto es conocido bajo la denominación “modulación de sentencias”.

8.4. Estructura

Elaborar un precedente constitucional supone un proceso racional, argumentado, retrospectivo y complejo, mediante el cual se construye el pensamiento jurídico de la Corte Constitucional.

El primer componente de un precedente constitucional es su encabezado, aquí deberán escribirse los datos generales que identifican a la sentencia y las iniciales PJO que significan precedente jurisprudencial obligatorio.

A continuación, se describirán los antecedentes que constarán de una breve descripción de la situación fáctica conjuntamente con el proceso de juzgamiento.

Prosigue la problematización que consiste en: determinar el caso concreto, esto es, las explicaciones por las que la Corte decide tratar dicho caso; la relevancia constitucional, que se refiere a las razones e importancia constitucional que tiene la selección del caso para establecer una jurisprudencia constitucional y; la determinación del problema jurídico a resolver del caso concreto.

Luego se deberá redactar la parte de las consideraciones y fundamentos que consiste en indicar la competencia formal y material de la Corte; los derechos a desarrollarse, aquí deberán indicarse si existen precedentes anteriores de la Corte y los principios o derechos relacionados con el problema a tratarse.

Una vez tratados estos criterios, deberá desarrollarse la argumentación de los problemas jurídicos, que se trata de la parte central de la sentencia. En este apartado deberá enfocarse el problema de constitucionalidad y no de legalidad. Asimismo, el análisis que realice la Corte deberá reflejar la situación fáctica, los hechos relevantes y el problema del precedente de manera uniforme y coherente.

Es obligatorio que se inserten tres categorías en este acápite: la línea argumental del pensamiento jurídico de la Corte; la fundamentación sobre los efectos del precedente constitucional y; la reparación integral para las víctimas. A su vez es recomendable que se identifique la *ratio decidendi*.

Por último, se encuentra la elaboración de la jurisprudencia vinculante, aquí se va a determinar el precedente constitucional obligatorio, con sus respectivos efectos y la decisión tomada por la Corte respecto del caso concreto analizado.

8.5. Efectos de la sentencia

Erga Omnes

Se conoce a este término como una expresión latina usada habitualmente en el campo del Derecho, cuya traducción se la puede interpretar como “para todos” o “frente a todos”.

Partiendo de esa definición en el campo constitucional, podemos materializar este efecto en aquellas decisiones de carácter vinculante a nivel general, es decir, es aplicable para todos aquellos que hayan sido parte o no del proceso, en dichas sentencias que hayan llegado a conocimiento del órgano correspondiente, en este caso, la Corte Constitucional, en donde se encuentre en discusión la

vulneración de un derecho. Este efecto principalmente surge del control abstracto de constitucionalidad.

Es necesario conocer en qué momento adquieren este efecto, por lo que el constitucionalista HERNÁN SALGADO, explica que: “Los fallos estimatorios del Tribunal, que declaran la inconstitucionalidad de una norma jurídica, tienen efectos de carácter general, efectos *erga omnes*, como señala la doctrina. Los efectos se producen a partir de su publicación en el Registro Oficial y marca su obligatoriedad”²⁴ (SALGADO, 2008).

Inter partes

Como concepto contrario al efecto *erga omnes*, encontramos al efecto inter partes, entendido como aquel que produce el beneficio de la sentencia dictada únicamente a las partes que intervinieron en el proceso planteado y no podrá explayarse fuera de ello.

“Implica que lo decidido solo tiene efecto en la causa y es aplicable solo para los justiciables”, es así como lo expresa RAFAEL OYARTE, experto constitucionalista al respecto²⁵ (OYARTE, 2014). En pocas palabras, no es de carácter universal aplicable en ese punto del derecho, sino, que cualquier decisión optada por el Tribunal afectará directamente a los legitimados de la acción.

Inter pares

El efecto inter pares se establece principalmente cuando una sentencia de carácter constitucional puede aplicarse en casos similares y futuros, es decir, la Corte Constitucional puede establecer que a aquella decisión vinculante que ha sido otorgada deben prestarle atención casos que guarden cierta identidad en cuanto a la materia.

Al respecto de ello, la Corte Constitucional decidió pronunciarse argumentando que “su alcance es horizontal y busca vincular a los Jueces de la propia Corte, a través de criterios unificados jurisprudenciales y casuísticamente; mientras que los precedentes jurisprudenciales obligatorios pueden tener, además, efectos *erga omnes*, teniendo un alcance vertical respecto del sistema jurídico y los operadores jurídicos, sin perjuicio de que los criterios establecidos en esta sentencia de unificación pudieran guiar a la interpretación e integración del

24 SALGADO, H., *Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional del Ecuador*. En: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. 2008. Madrid, España.

25 OYARTE, R., *Derecho Constitucional Ecuatoriano y comparado*. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014. Quito- Ecuador.

derecho en casos análogos y puestos a conocimiento de los jueces ordinarios” (Sentencia No. 001-16-SIS-CC, 2016).

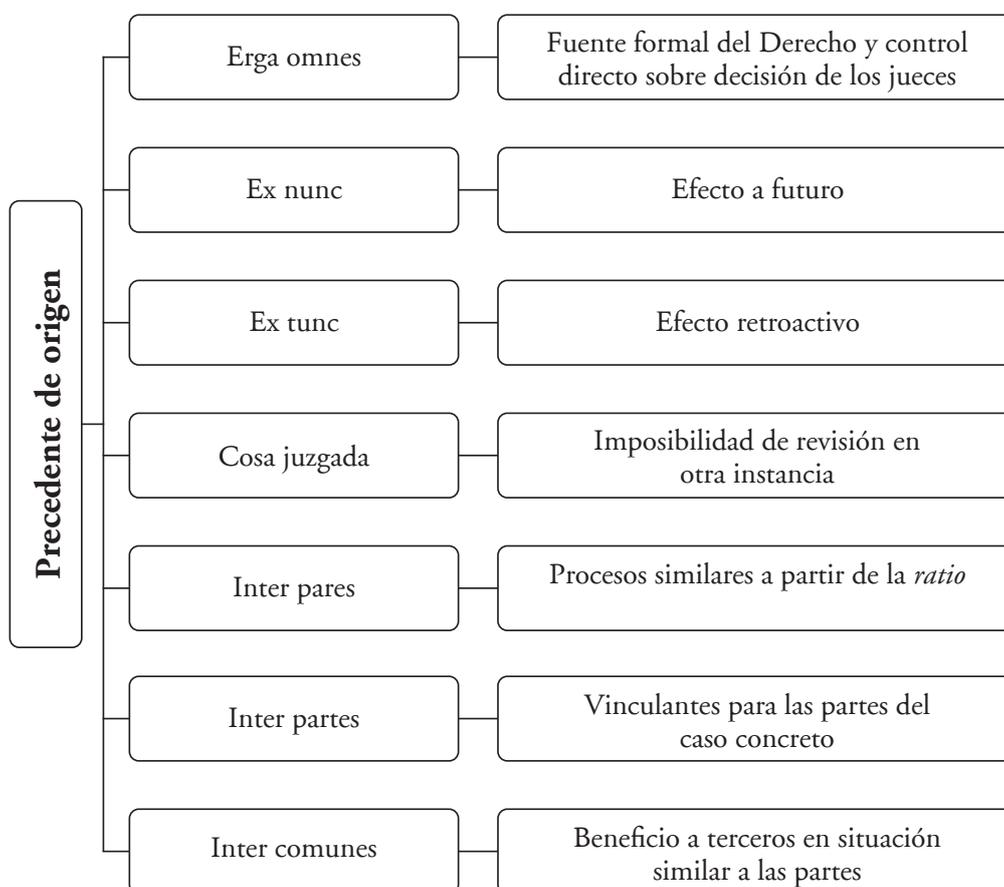
Inter comunis

El efecto *inter comunis* se fundamenta en que la decisión tomada mediante una sentencia puede ser alegada por cualquier persona que se encuentre en la misma situación.

“Son los efectos que alcanzan y benefician a terceros que, no habiendo sido parte del proceso, comparten circunstancias comunes con los peticionarios de la acción” (SENTENCIA No. 031-09-SEP-CC, 2009), definición establecida por la Corte Constitucional.

Por ejemplo, en una comunidad “Shuar” un determinado integrante gana una acción planteada, posteriormente, una persona perteneciente de la misma comunidad se encuentra ante el mismo escenario, por lo que será susceptible de aplicarse el efecto *inter comunis*.

Gráficamente podríamos resumirlo de la siguiente manera:

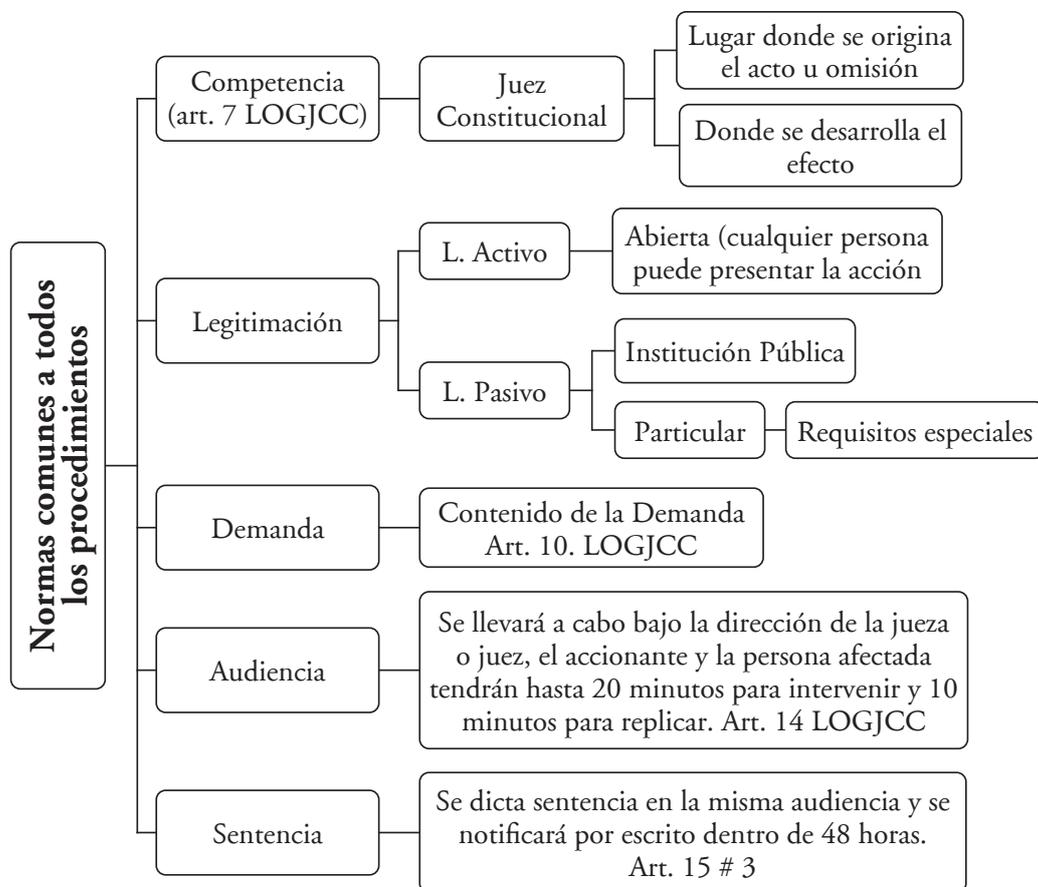


CAPÍTULO IX
NORMAS COMUNES EN
ACCIONES TUTELARES



La finalidad de las acciones tutelares es la protección de derechos constitucionales, así como también, los derechos que no se encuentren establecidos en la carta fundamental de un determinado país, pero si estén recogidos en los convenios o tratados internacionales suscritos por dichos países; con la condición de que, dichos derechos sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública y pretendiendo que el proceso sea rápido, sencillo y eficaz.

Para poder comprender su distribución de manera más adecuada, lo estableceremos en el siguiente mapa conceptual:



9.1. Competencia

Un concepto sencillo para definir a la competencia en materia procesal general, es indicar que la misma representa la forma en la que se encuentra dis-

tribuida la jurisdicción, sin embargo, hay una brecha diferencial entre la manera en la que ésta es aplicada dentro de la justicia ordinaria y en lo que respecta a la justicia constitucional.

Al hablar de la justicia ordinaria no penal, encontramos una competencia determinada en el Código Orgánico General del Proceso, denominada como concurrente.

Si nos enmarcamos en el ámbito penal su competencia se encuentra establecida por reglas propias; por el contrario, en garantías jurisdiccionales, la competencia se determinará según su territorio únicamente de dos formas: a) donde se origina el acto; y b) donde se produce el efecto.

Una vez entendido el desarrollo de la competencia en Justicia Constitucional, debemos comprender que el Juez constitucional solo será competente en los casos antes señalados.

No es posible aplicar reglas de competencia concurrente dentro de la justicia constitucional, pues de hacerlo se está desnaturalizando el proceso constitucional.

El análisis referente del lugar donde se produce el efecto, debe ser aplicado en función de la propia vulneración del derecho, no siendo admisible la prorrogación de ese efecto bajo reglas rígidas, como el domicilio del accionante.

De esta forma es imperativo entender que el legitimado activo solo puede acudir a dos circunscripciones territoriales para presentar su tutela, esto es, donde se produjo el acto o donde se desarrolló el efecto, empero, insistimos, el efecto siempre relacionado a la vulneración del derecho.

En materia constitucional, en los casos en los que un Juez sea incompetente para conocer estas causas, inadmitirá la acción dentro de la primera providencia y será posible volver a plantearla debido a que nunca se conoció la misma. El Juez constitucional no puede inhibirse, a diferencia de la justicia ordinaria en donde el Juez si puede aplicar la inhibición.

La inhibición se constituye como aquella acción en la que un juez se abstiene de intervenir en un determinado juicio, ya sea por incompetencia territorial o por grados. Cabe destacar que la inhibición es una forma adecuada de subsanar la competencia en la justicia ordinaria, siempre y cuando la incompetencia no sea en función de la materia; pues en estos casos la nulidad será el único camino.

Ahora bien, en el momento que el Juez Constitucional considere que su imparcialidad está afectada, puede y debe presentar su excusa. De no hacerlo es perfectamente recusable.

La recusación, es aquella figura en que las partes pueden demandar la separación de un Juez en el proceso. En materia constitucional la Corte Constitucional fijó los parámetros para la excusa y recusación de los Jueces.

Análisis de la Sentencia No. 006- 17 – SCN- CC. Caso No. 0011- 11- CN Sobre la recusación del Juez

EL 04 de febrero de 2011, se suspendió la tramitación de la Acción de Protección No. 02102- 2011- 0016, para elevar el expediente en consulta a la Corte Constitucional a fin que se pronuncie respecto de la constitucionalidad de las normas contenidas en la Sección 25 del Código de Procedimiento Civil, actualmente derogado.

Posteriormente el 06 de noviembre de 2015, de conformidad con los artículos 432 y 434 de la Constitución de la República, se posesionaron ante el Pleno de la Asamblea Nacional, los Jueces constitucionales mediante Resolución No. 004- 2016- CCE de 8 de junio de 2016 adoptada por el Pleno del Organismo y se dispuso que todos los procesos que se encontraban en el despacho del Juez constitucional, Patricio Pazmiño Freire, se designen a la abogada Marien Segura Reascos como Jueza constitucional.

Los detalles de la petición de la presente consulta constitucional tiene como antecedente la acción de protección presentada en contra de un acto administrativo realizado por los directores de la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, la cual fue rechazada por el Juzgado Segundo de la Niñez y la Familia de Bolívar (Guaranda), por este motivo, la accionante interpuso el recurso de apelación, el mismo fue remitido en conocimiento de la Sala de lo Civil, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar.

En razón al sorteo antes mencionado, los accionantes presentaron una demanda de recusación contra los Jueces de la Sala de lo Civil, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, por lo cual la demanda fue conocida por los Conjueces de la Sala, quienes aceptaron la demanda y dispusieron que el recurso de apelación de la acción de protección debía ser conocida por los jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar.

La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar suspendieron la tramitación de la Causa No. 02102- 2011- 0016 y remitieron el expediente en consulta a la Corte Constitucional a efecto que se pronuncie sobre la constitucionalidad de las normas contenidas en la sección 25 del Código de Procedimiento Civil.

Los Jueces consultantes exponen que la competencia radica en la sala especializada de lo Civil, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, explican también que la recusación no debía ser admitida a trámite, en atención a lo dispuesto en el artículo 86 numeral 2 literal e, de la Constitución de la República; así mismo señalan el artículo 8 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el cual se establece que “No serán aplicables las normas procesales ni aceptables los incidentes que tiendan a retardar el ágil despacho de la causa”. Esto quiere decir que, la demanda de recusación presentada es un incidente promovido por los demandantes con la finalidad de retardar el ágil despacho de la causa.

Los Jueces de la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar solicitan como petición de consulta de norma lo siguiente:

“... Solo está permitida la excusa por una o por varias de las causas determinadas en el referido artículo 856 del Código de Procedimiento Civil. Por lo anotado surge la duda razonable: ¿Si es procedente la recusación en acciones ordinarias constitucionales de protección?, ¿si por la sentencia recaída en el juicio de recusación, se encuentra en forma legal, normal y perfecta radica la competencia en esta Sala? De ser así, las normas contenidas en la Sección 25 del Juicio de Recusación, contenidas en el Código de Procedimiento Civil, son contrarias a la Constitución, en especial a la acción ordinaria de protección...”.

Por lo antes expuesto, la Corte Constitucional absuelve la consulta de la norma dentro del control concreto de constitucionalidad.

El pleno de la Corte Constitucional determina que, basándose en los artículos 86 en sus numerales 2 y 3 y en los artículos 87 al 94 de la norma constitucional, el constituyente reconoce a favor de las personas las siguientes garantías jurisdiccionales: Acción de protección, acción de habeas corpus, acción de acceso a la información pública, acción de hábeas data y medidas cautelares autónomas, las cuales serán de conocimiento de cualquier Juez o Jueza del lugar en el cual se origina el acto u omisión, o donde se producen sus efectos y en segunda instancia.

Por otra parte, existirán acciones que sólo serán de conocimiento y competencia exclusiva de la Corte Constitucional que son las siguientes: Acción por incumplimiento de norma, la acción de incumplimiento de sentencia, la acción extraordinaria de protección y la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

Finalmente, por todo lo antes mencionado la Corte Constitucional emitió la siguiente decisión:

1. Aceptar la consulta de norma presentada en la causa No. 02102- 2011-0016, por los Jueces de la Sala especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar.
2. Se aplicará de forma supletoria para procesos de garantías jurisdiccionales de acción de protección, acceso a la información pública y acción de hábeas data, los artículos 22 al 28 que son pertinentes a la excusa o recusación del Juez en el Código Orgánico General de Procesos, esto en virtud de las atribuciones otorgadas a la Corte Constitucional en los artículos 429 y 436, numeral 1 de la Constitución de la República, como máximo órgano de control, interpretación y Administración de Justicia en materia constitucional y en concordancia con el artículo 76 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantía Constitucional y Control Constitucional.
3. Establece que la presente solución jurídica deberá ser observada por los administradores de justicia, desde la publicación de esta decisión hacia el futuro, en virtud que las y los Jueces consultantes deben de continuar con la tramitación de la causa, si transcurrido el plazo de cuarenta y cinco días, no se ha emitido resolución constitucional respecto a su consulta, como se encuentra estipulado en el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

9.2. La demanda

La demanda dentro de las garantías jurisdiccionales ecuatorianas, debe de cumplir un mínimo de requisitos. La demanda en nuestra materia representa entonces la expresión del legitimado activo sobre la cual decide acudir al órgano jurisdiccional en busca del restablecimiento de sus derechos constitucionales.

Dentro de la demanda, en este sistema, debe ser presentada por el “accionante” o “legitimado activo”.

El legitimado activo, será cualquier persona a la que sus derechos le fueron conculcados.

Ahora bien, en el caso ecuatoriano, la legitimación activa puede ser abierta, esto quiere decir, que no precisamente la persona directamente afectada puede presentar la acción.

Según estipula el artículo 9 de la Ley correspondiente, la acción tutelar, podrá ser presentada por cualquier persona, comunidad pueblo o nacionalidad o colectivo, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y de igual manera por el defensor del pueblo, sobre éste, se supondrá por

personas afectadas aquellas que sean víctimas de forma directa o indirecta de la violación de derechos que puedan demostrar daño.

En garantías jurisdiccionales, la mayoría de las acciones tutelares tienen una legitimación activa abierta.

Análisis de la sentencia No. 170-17-SEP-CC. Caso No. 0273-14-EP

Sobre la legitimación activa abierta

Mediante una sentencia vinculante de la Corte Constitucional, estableció que la legitimación activa será abierta y podrá prosperar sin ningún problema.

Esto a raíz de la causa iniciada, resuelta en una acción extraordinaria de protección.

El accionante relata que en su demanda compareció en representación de 31 afiliados de una organización, los mismos que laboraban en diversos Hospitales del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).

Señala que los afiliados ingresaron a laborar en dichos hospitales, en calidad de postgradistas, devengadores de becas, prorrogados en funciones y contratados por servicios ocasionales.

La finalidad de presentar la demanda fue que mediante decisión judicial se reconozca la calidad de servidores de todos los afiliados, que laboraban para los hospitales antes mencionados, y de igual manera les sean otorgados los nombramientos respectivos que garanticen su estabilidad laboral y demás derechos reconocidos para los mismos, como la adecuada remuneración por los servicios prestados.

El accionante señala que presentó recurso de apelación ante la sentencia que dictó la Unidad Judicial Primera de Contravenciones del cantón Quito, la misma que negó la acción de protección por cuanto se determinó que no se habían vulnerado derechos y de igual forma no existía daño para dar paso a la reparación integral.

Dicho recurso de apelación fue rechazado por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y confirmó el fallo de primera instancia.

El legitimado activo declara que la sentencia impugnada niega las pretensiones de sus defendidos y a su vez el derecho de reclamar dichas pretensiones por medio de una garantía jurisdiccional.

Para esto, la decisión judicial impugnada se basó en que la legitimación activa estará determinada por la titularidad de un bien o interés jurídico, en relación a lo que estipula el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccio-

nales y Control Constitucional, que dictamina con claridad que las acciones de protección pueden ser ejercitadas por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos, de igual manera, lo puede hacer mediante un representante siempre y cuando ésta no se encuentre en las posibilidades de ejercer la acción ya sea por efectos de incapacidad absoluta o relativa de ser el caso, de manera que únicamente podrían haber presentado la acción los 31 afiliados a los cuales directamente se les vulneraron los derechos.

El legitimado activo indica que los Jueces no realizaron un análisis de fondo respecto a la vulneración de los derechos constitucionales presentados por el accionante y obvian lo estipulado dentro del artículo 86 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual determina que cualquier persona, grupo de personas, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.

Es aquí donde se aprecia una contrariedad con la Constitución, y bajo este aspecto cabe destacar que la Corte Constitucional tiene la atribución de declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma conexas, cuando ésta sea contraria a la Constitución.

Es así que, la Corte Constitucional determinó que la sentencia dictada vulneró el derecho a la seguridad jurídica y resuelve; declarar la vulneración a tal derecho; y aceptar la acción extraordinaria de protección planteada; disponiendo medidas de reparación integral.

La Corte Constitucional culmina ratificando el criterio de una “legitimación activa abierta”.

9.2.1. Contenido de la demanda

Los requisitos que debe presentar una demanda en materia constitucional se encuentran determinados en la Ley.

La misma que contendrá los nombres y apellidos de la(s) persona(s) accionante(s), los datos que sean necesarios para tener conocimiento de la identidad de la persona, entidad u órgano accionado; la descripción del acto u omisión violatoria del derecho que ocasionó el daño, y de ser posible una relación circunstanciada de los hechos; la persona accionante no tendrá obligación de citar la norma para fundamento de la acción; debe tener la dirección del lugar para hacer conocer de la acción a la persona accionada, y lugar donde se ha de notificar a la persona accionante y por consiguiente el afectado, en el caso de no ser la misma persona; debe contener la declaración de que no se ha planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones, contra la misma persona o grupo de personas y con la misma pretensión; incluir la solicitud de

medidas cautelares de ser necesario; y los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tenga como resultado la violación de derechos constitucionales.

De manera general, en la justicia constitucional al momento de presentar una demanda, no estamos obligados a interponer fundamentos de derecho, ya que como lo mencionamos anteriormente el legitimado activo podrá ser cualquier persona y en algunos casos éste será desconocedor del ámbito jurídico, pues no se requiere firma de abogado en su presentación, empero, pese a que la norma no lo determine, es conveniente que al momento de la presentación de la acción, se enuncie este particular, al menos en el ejercicio de la practica procesal constitucional.

Como lo analizamos, una acción o garantía jurisdiccional no tiene requisitos básicos en exceso, lo importante es señalar que deberá ser presentada junto con todos los elementos probatorios para su posterior calificación de manera acertada.

Si bien es cierto, la presentación de elementos probatorios no es exigible cuando se invierte la carga de la prueba, no es menos cierto, que en materia procesal constitucional para que se aplique adecuadamente tal inversión, es conveniente que el legitimado activo incorpore a la demanda los elementos probatorios necesarios.

9.2.2. Calificación de la demanda

Se entiende por calificación de la demanda, al examen que realiza el Juzgador para conocer si esta cumple o no con los presupuestos necesarios previstos por la Ley.

La calificación de la demanda en garantías jurisdiccionales, tiene variables y diferencias sustanciales con la justicia ordinaria, pues ya hemos indicado que mientras en la justicia ordinaria existe de forma imperativa la aplicación del principio dispositivo, en materia procesal constitucional, existe el denominado impulso de oficio y el sistema *iura novit curia*, que permite al Juez la adopción de normas distintas, aunque las partes no las invoquen de forma expresa.

Por ejemplo, en la justicia ordinaria, concretamente en el sistema no penal ecuatoriano, si una demanda está incompleta, el Juez estará facultado para enviarla a completar en debida forma; en caso de reincidencia bajo la misma premisa, la causa será archivada con la devolución de documentos adjuntados, sin embargo, en el caso de garantías jurisdiccionales las reglas son distintas pues si la demanda está incompleta, esta será enviada a completar en un término de 3 días, si hay reincidencia o no se contesta el requerimiento el Juez en aplica-

ción del principio *Iura Novit Curia*, deberá subsanar los errores de la demanda y la omisión de los requisitos que estén a su alcance y continuar con el trámite respectivo.

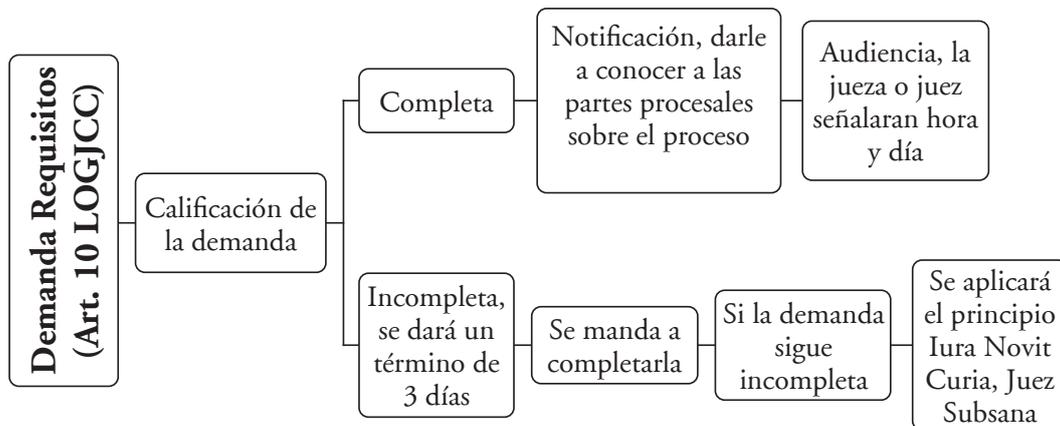
9.2.3. Notificación

Existe una diferencia respecto a la aplicación terminológica entre la Justicia Ordinaria y la Justicia Constitucional. Nos referimos a que en el caso de la Justicia Ordinaria tal como lo expresa la ley, se desarrollará una citación por medio de la cual se dará a conocer el contenido de la demanda de diversas formas, ya sea: en persona, en el domicilio del demandado por tres veces consecutivas, prensa o radio.

Ahora bien, en la Justicia Constitucional no existe la citación como tal, existen simples notificaciones.

Se dará a conocer a las partes por medios eficaces que estén al alcance, de ser posible se preferirán medios electrónicos.

De manera abreviada, detallamos la siguiente gráfica:



9.3. La audiencia

Una vez cumplidos los requisitos anteriores mediante todos sus filtros, se procede a ejecutar la audiencia en las próximas 24 horas.

En este punto, es necesario comprender las variables y efectos de la comparecencia a las audiencias en el sistema de garantías jurisdiccionales.

De esta forma, podríamos resumir, que para que se celebre la audiencia respectiva, basta la presencia del legitimado activo. Si el accionado no comparece a la audiencia respectiva, esto no será causal para que la misma no se celebre.

Es importante indicar que, cuando se acciona o demanda al Estado, la Procuraduría General, debe ser notificada para que comparezca a la audiencia, empero, si no asiste, la audiencia bien puede desarrollarse.

El artículo 15 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que, el proceso podrá terminar mediante auto definitivo, el mismo que declare el desistimiento.

Precisamente cuando el legitimado activo no acude a la audiencia, se presume un desistimiento tácito, sin embargo, en la actualidad, este desistimiento tácito es inaplicable, pues la Corte Constitucional resolvió modular el mismo, conforme lo explicaremos en líneas posteriores.

Análisis de la sentencia No. 029-14-SEP-CC

Inaplicabilidad del Desistimiento Tácito

Como se explicó anteriormente, en caso de que el accionante no acudiera a la audiencia, se aplicaría el desistimiento tácito, sin embargo, en la actualidad, la Corte Constitucional en la sentencia vinculante No. 029-14-SEP-CC, del caso No. 1118-11-EP, modula el mismo, y prácticamente limita su aplicación.

Esta causa, tiene su antecedente en los hechos suscitados de la siguiente manera:

El legitimado activo relata que el Director Nacional de Rehabilitación Social abrió un sumario administrativo en su contra, para que justifique la procedencia de diversas proformas de extintores adquiridos a posibles compañías fantasmas.

Consecuentemente se solicitó a la Superintendencia de Compañías la verificación de las empresas, si se encontraban legalmente establecidas y siendo la respuesta favorable, el Jefe de Recursos Humanos recomienda la destitución del accionante, recomendación que fue acogida por el entonces Director Nacional de Rehabilitación Nacional.

El accionante planteó una acción tutelar, empero, no acudió a la audiencia y se calificó el desistimiento tácito, el cual fue confirmado por el superior luego de la apelación.

El fundamento de la decisión fue que al accionante se le notificara la celebración de la audiencia, por lo que este (*accionante*) conocía de la audiencia con días de anticipación, 14 días para ser exactos, sin embargo, nunca se presentó.

Dados estos acontecimientos el accionante presenta ante la Corte Constitucional una Acción Extraordinaria de Protección en contra de ésta decisión

judicial, indicando que han vulnerado el derecho de la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y el debido proceso, ya que en ambas instancias se pronunciaron solo de forma, pero no de fondo.

La Corte Constitucional decide admitir la Acción Extraordinaria de Protección planteada, y se refiere al respecto manifestando que conforme al artículo 15 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, existen dos supuestos importantes a analizar por todos los encargados de los órganos jurisdiccionales.

La Corte Constitucional analiza los presupuestos relativos a la ausencia del accionante “con o sin causa justa”, y el segundo, la presencia “indispensable” del accionante para lograr demostrar el daño.

La Corte concluyó que, a los Jueces de primera y segunda instancia, les correspondía valorar los supuestos mencionados en líneas anteriores, sin embargo, sólo se concentraron en uno de ellos y es que el accionante no acudió a la audiencia sin una causa justa, dejando de lado el segundo supuesto, por lo que se señala que es de vital importancia analizar ambos casos a la vez desde una perspectiva constitucional bajo todos los principios fundamentales que lo caracterizan, como lo es la inmediación, impulso de oficio, celeridad, en otros que se establecen en todas las acciones jurisdiccionales; por tanto, si la persona afectada se encuentra ausente en una determinada audiencia, lo idóneo sería que se continúe con el trámite de la acción para justificar si existe o no una vulneración de derechos.

Según lo establecido por la Corte Constitucional se concluye que, en dicha causa se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses del accionante al no analizar lo ya mencionado, como también que no existió una razonabilidad debida al momento de motivar, así como también la lógica necesaria al no analizarse los supuestos que determina la ley referente al desistimiento tácito.

Se resolvió mediante esta sentencia vinculante que se declare la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, y el debido proceso conforme la motivación.

9.3.1. Comparecencia de terceros

Amicus Curiae

La comparecencia de terceros radica principalmente en que cualquier persona o grupo de personas que demuestren interés en la causa, puedan acceder a

ella. A esta figura se la conoce como *Amicus Curiae* o traducido como “Amigo del Tribunal”.

El *Amicus Curiae* puede presentarse de dos formas:

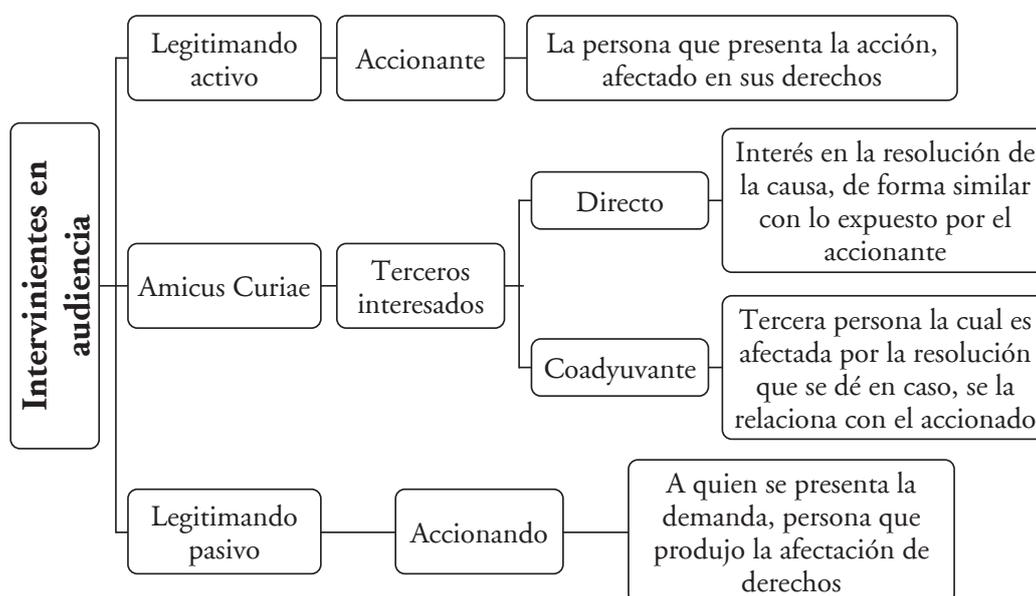
Amicus Directo

Aquel en el que una tercera persona tiene una pretensión similar con la prevista por el accionante, de tal suerte que desea intervenir en el proceso para beneficiarse de tal decisión. Por este motivo, quien solicite ser considerado como *amicus* directo, debe acreditar tal calidad antes de la audiencia respectiva.

Amicus Coadyuvante

Se relaciona directamente con el accionado. Será aquel que puede lograr su intervención en cualquier instancia del proceso, es decir, puede proceder desde el instante en que se entera que la pretensión del accionante o la decisión judicial, lo afecta de forma directa o indirecta.

Gráficamente se le puede representar de la siguiente manera:



9.3.2. Desarrollo de la Audiencia

Como ya hemos conocido, los principales intervinientes dentro de un proceso de garantías jurisdiccionales serán dos: el legitimado activo y el legitimado pasivo, sin embargo, en el desarrollo de la audiencia, es necesario a su vez conocer el rol del órgano jurisdiccional y a su vez, estar al tanto de los momentos relacionados con la preinstalación, instalación y desarrollo de la audiencia.

Preinstalación de la audiencia

El rol del Juez en la preinstalación de la audiencia

Antes de la instalación formal de la audiencia, debe existir una breve preinstalación, que será el momento en el cual se solucionen y se subsanen todos los inconvenientes, evitando al máximo los incidentes.

A propósito de la preinstalación de la audiencia en garantías jurisdiccionales, deberá observarse lo siguiente:

1. Secretaría deberá estar en la sala de audiencias, al menos de quince a veinte minutos antes de la audiencia, constatará quienes se encuentran y advertirá que luego hará su ingreso el Juez.
2. El Juez ingresará, saludará, se identificará e indicará a cual unidad judicial pertenece y solicitará a la secretaria que le indique quienes se encuentran presentes para la celebración de la audiencia.
3. En función de quienes se encuentren presentes, el Juez deberá observar lo previsto por la regla jurisprudencial de la Corte Constitucional obrante en la sentencia No. 063-14-SEP-CC.
4. De existir terceros interesados, acorde a lo previsto en el Art. 12 de la norma antes citada, se los escuchará para que justifiquen su comparecencia y acto seguido se hará lo mismo con el accionante y accionado para que el Juez pueda decidir su participación.
5. Hecho esto, el Juez estará listo para la instalación de la audiencia.²⁶

Instalación de la audiencia

Podríamos indicar que las medidas adoptadas ya en la instalación de las audiencias son estandarizadas, quizás en materia penal existen más particularidades según el tipo de audiencia.

Por ejemplo, siempre es adecuado que el Juez una vez constatada la presencia de los sujetos o las partes procesales, identifique si se están ventilando derechos o garantías de niñas, niños y adolescentes, pues de ser el caso, el Juez debe indicar que al referirse a estos, únicamente lo hará expresando las siglas respectivas.

26 Sistemas de manejo, preinstalación, instalación y resolución de audiencias en el ecuador. Publicado por el autor en Miami- Florida.

Una vez instalada la audiencia, el Juez explicará a los sujetos/partes/legitimados, el tipo de audiencia que va a desarrollar, así como también las partes de la misma y de ser el caso las medidas de restricción respectivas.

En materia constitucional por ejemplo, el Juez deberá indicar que tanto accionante como accionado tendrán veinte minutos para intervenciones iniciales, diez minutos para réplica y que la audiencia no terminará sino con la intervención del accionante.²⁷

Dinámica de la audiencia

La primera intervención le corresponde al legitimado activo. Con esta intervención se dará apertura a la audiencia demostrando el posible daño o los fundamentos de la acción y que durará aproximadamente 20 minutos.

Cabe señalar, que si el titular de los presuntos derechos vulnerados, está presente, bien puede intervenir a continuación.

Hecho esto, el legitimado pasivo, tendrá 20 minutos para intervenir. De estar presente la Procuraduría General del Estado, tendrá el mismo tiempo.

En las rondas de réplicas se respeta el mismo orden con la diferencia de la aplicación de 10 minutos para las alegaciones.

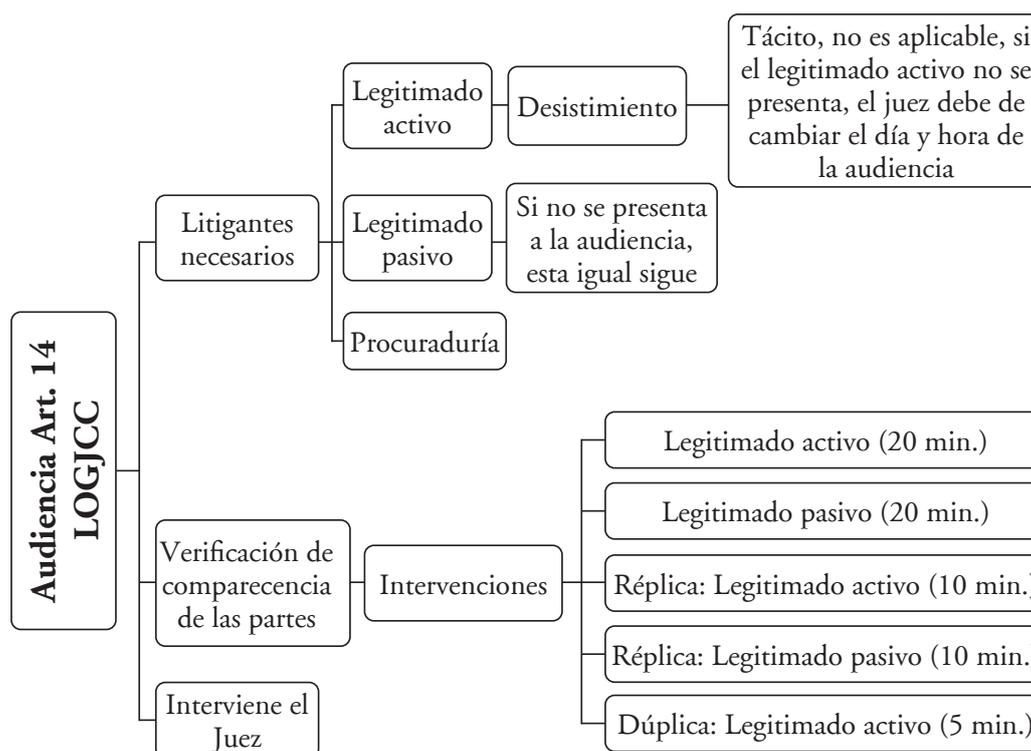
Finalmente se presentará una dúplica del accionante, con la que se finalizará la audiencia.

Si existieren terceros interesados, podrán ser escuchados en un intervalo de 10 minutos.

Cabe indicar, que dentro de este tiempo, legitimados activos y pasivos, deben sustentar con los medios de prueba necesarios, observando claro está, las reglas de inversión de la carga de la prueba.

De existir medios de prueba extensos (*versiones*), por equidad procesal y debida diligencia el tiempo debe ser reconsiderado.

27 Obra citada.



9.4. Medios de prueba en garantías jurisdiccionales

Como ya conocemos, existen diferencias sustanciales entre la Justicia Ordinaria y la Justicia Constitucional.

La prueba no es una excepción.

En materia no penal, si nos referimos a las pruebas, el Código Orgánico General de Procesos nos determina que podrán ser de cuatro tipos: prueba documental, prueba testimonial, prueba pericial e inspección judicial.

Al referirnos a materia penal tenemos: prueba documental, prueba testimonial y prueba pericial.

En Justicia Constitucional de manera ventajosa, podríamos utilizar como medios de prueba a cualquiera de ellos, cambiando de manera mínima su denominación. Las pruebas en garantías jurisdiccionales se desarrollarán bajo:

- Comisiones, que las integrarán peritos, intérpretes, etc.
- Documentales.
- Versiones.

Las versiones

En materia Constitucional no encontramos testimonios, sino versiones.

Ahora bien: ¿en qué se diferencian?

Testimonio es aquel que se realiza bajo un juramento ante el Juez, por el contrario, las versiones son libres y voluntarias ante la presencia de un fiscal, sin embargo, por expresa disposición del Art. 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el proceso constitucional ecuatoriano (garantías jurisdiccionales) las versiones se presentan en audiencia ante el Juez que sustancia la causa.

Al ser estas declaraciones de terceros rendidas ante el Juez bajo el matiz de “*versiones*”, no es imprescindible la recepción del juramento al “*versionante*”, sin embargo, las reglas previstas para el examen y contraexamen si están permitidas en este sistema, de tal suerte que se aplica perfectamente el principio de contradicción.

El documento

En sus inicios, los documentos fueron considerados como prueba testifical por escrito, y posteriormente se les otorgó el atributo de medio de prueba autónomo. Esta autonomía, se les imputa a las ordenanzas de Moulina, aprobadas por Enrique III de Francia en 1566 (MUÑOZ SABATE, 1967).

Resultan claras las disconformidades entre el documento y el testimonio. Se diferencian considerando la forma, pues en el testimonio la vía de transmisión de la información es oral, y en el documento es la visual y sensorial. Otro elemento que los distingue es la fuente, pues en el primero lo que se obtiene es la exteriorización de la información requerida por parte de un individuo, mientras, que en el documento, la información se extrae del mismo. También se diferencian atendiendo al tiempo de su realización, pues el testimonio tiene lugar, generalmente, mientras dura el proceso, o sea, en el desarrollo del mismo, lo que no ocurre en el documento que siempre es anterior al inicio del mismo (PEÑA R. E., 2010).

El sustantivo “documento” procede del latín “documentum”, y emana del verbo “docere” haciendo alusión a “enseñar, hacer, saber, anunciar” (GUZMÁN, 2009, pág. 172). En este sentido posee el mismo origen que otros vocablos que significan enseñanza, ciencia, y dictar que representa “sabio, hábil, maestro, el que es capaz de transmitir y comunicar lo que sabe” (MOLINA, 2012, pág. 12). Acepciones tales como “document” en la lengua inglesa y francesa, así como la voz “documento” en el habla portuguesa e italiana, conforman también otras manifestaciones de similar sentido y naturaleza del término en cuestión (RUIZ, 1999).

SERRA DOMÍNGUEZ (1970), define esta categoría como “todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso, representación que

puede obtenerse mediante los modernos medios reproductivos, como la fotografía, la fonografía, la cinematografía, el magnetófono, cintas de videos, discos de ordenador y cualesquiera otros similares” (pág. 236); mientras que KISCH (1940), conceptúa el documento como “todas las cosas donde se expresa, por medios de signos una manifestación del pensamiento, siendo indiferente el material sobre el cual los signos están escritos y también la clase de escritura (signos, letras, números, grabados, etc.)” (pág. 227).

La jurisprudencia internacional ha recogido en determinados momentos un concepto extenso de lo que se califica como documento probatorio. Así, a modo de ejemplo, se puede citar el fallo del Tribunal Supremo de España, de 9 de marzo de 1988, que considera como documento: “tanto los escritos representativos, como todos aquellos objetos en los que a través de la vista, el oído o el tacto, pueda percibirse una manifestación de voluntad o revelen a simple vista la existencia de un dato de interés para el proceso” (MORA DÍAZ, 2004, pág. 1).

Las comisiones especializadas

Otro de los cambios existentes en los medios de prueba tradicionales modificados por la justicia constitucional, son las denominadas comisiones especializadas.

Mientras en la justicia ordinaria existen las pericias respectivas, en el sistema procesal constitucional éstas pueden ser integradas por varios expertos en diferentes ramas. Los expertos integrarán comisiones especializadas.

Acorde al principio *Iura Novit Curia* y el impulso de oficio el Juez está en la capacidad de disponer la práctica probatoria de ciertos elementos no peticionados inicialmente por el legitimado activo, uno de esos elementos puede ser en ocasiones, las comisiones especializadas.

Dichos elementos probatorios (comisiones especializadas) resultan ser muy útiles cuando se tratan de temas científicos o estructurales sobre una materia determinada.

Las comisiones especializadas pueden ser integradas por varios expertos en determinadas materias, practican su trabajo dentro del mismo territorio o lugar donde se originó el hecho y finalmente respaldan sus conclusiones a través de un informe.

Este informe debe determinar científicamente cuáles son los resultados encontrados dentro del lugar donde se dispuso la práctica de la prueba, para que de esta forma representen un auxilio inmediato, idóneo y adecuado para la decisión que adopte el Juez.

Podríamos resumir que las comisiones especializadas se diferencian de la pericia en la justicia ordinaria, en el sentido de que dentro de nuestra materia una comisión especializada puede abarcar varias pericias en un mismo informe.

Las conclusiones de estas comisiones pueden variar en función del número de expertos que traten cada uno de estos temas. Por su parte, la pericia en la justicia ordinaria tendrá un solo informe por cada pericia ordenada.

Estas modificaciones legales en el Derecho Procesal Constitucional tienen una finalidad muy simple: simplificar la práctica probatoria y sistematizar su valoración por parte del Juez.

Sistema de interrogatorio y contrainterrogatorio²⁸

Otro de los puntos más importantes en el desarrollo de una audiencia, vienen a ser los denominados sistemas de interrogatorios directos y cruzados, así como también los sistemas de objeción.

El Juez en la audiencia, debe estar atento a la práctica probatoria, especialmente a la testimonial. Podríamos resumir que la prueba actúa en función del tipo de procedimiento, empero, podríamos resumir que existen tres clases básicas de prueba: La testimonial, pericial y documental.

En el Ecuador, al existir modelos adversariales y de justicia en audiencias, el tipo de prueba que mayor análisis amerita es la prueba testimonial.

Para empezar, debemos indicar que el Juez debe ser amigable con su testigo, pero claro en las advertencias al momento en que ingrese a la sala de audiencias.

Se debe recordar también que la prueba testimonial varía en función del tipo de procedimiento.

Conforme lo establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la audiencia pública el Juez puede escuchar las “versiones” de terceros, es decir, que en este procedimiento, el Juez no tomará ningún juramento al versionante, pues al ser una acción rápida, sencilla e informal, la Ley no exige las formalidades propias de la justicia ordinaria; lo cual obviamente si ocurre en las audiencias de juicio, en materia penal y materia no penal, pues la Ley denomina a estas intervenciones como testimonios y el juramento es un requisito indispensable, exceptuando en materia penal el testimonio de la persona procesada.

28 Sistemas de manejo, preinstalación, instalación y resolución de audiencias en el Ecuador. Publicado por el autor en Miami- Florida.

Si bien es cierto, no aplicamos un juramento al “*versionante*” en este sistema, el resto de normas comunes al testimonio de los testigos en la justicia ordinaria, así como también los sistemas de objeción de esta instancia, si son aplicables en las audiencias celebradas en procesos constitucionales.

Siendo así, el Juez al momento en que el versionante pasa a la sala de audiencias, debe recordar que fue llamado en tal calidad por una de las partes y como consecuencia deberá responder a cada una de las preguntas solicitadas.

Su mirada debe estar siempre en dirección al Juez y si escucha la palabra “objeción”, deberá suspender su narrativa y esperar a que este último la resuelva.

El examen o interrogatorio, siempre debe procurar elaborar preguntas directas y cerradas a fin de obtener calidad de información; se recomienda hacerlo en dos tiempos: El primero, a través de un sistema de acreditación al versionante que asegure que este no es improvisado y no tiene motivo para mentir, mientras que en un segundo momento ya se puede preguntar sobre el centro de la controversia.

Ambos tiempos se deben manejar dentro de la misma intervención inicial del abogado.

Las preguntas deben ser directas y cerradas. Se debe evitar siempre la formulación de las preguntas compuestas. Un correcto sistema sería llevar un correcto orden de ideas en el examen o interrogatorio. Por ejemplo: ¿Usted qué diligencias realizó en la presente audiencia? ¿Cuáles fueron las técnicas aplicadas en su pericia? ¿Cuáles son sus conclusiones?

La formulación de preguntas compuestas o abiertas, provoca que el versionante emita información que no será de calidad, pues es éste quien controla la información que desea brindar y la información que, a su vez, desea ocultar.

Los sistemas de objeciones, deben ser correctamente atendidos por el Juez. Si alguna de las partes desea objetar una pregunta deberá hacer conocer del particular al Juez al momento de la audiencia, pronunciando la palabra “objeción”.

Cuando el testigo silencie su intervención producto de la objeción, el Juez deberá solicitar al peticionario el fundamento de su objeción y con dicha información, el Juez calificará la misma e indicará si se declara con o sin lugar, siempre explicando la pertinencia de su decisión.

9.5. Reglas de valoración de la prueba en materia constitucional

El artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece ciertas reglas de valoración probatoria.

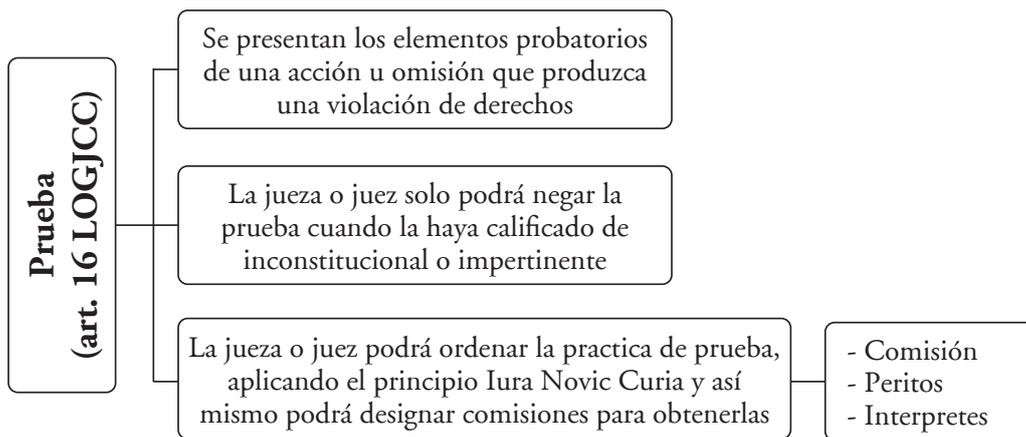
Constitucionalmente podemos establecer las siguientes reglas:

- a. Antes de la presentación de la acción, el accionante tiene la carga de la prueba, indistintamente a quien demande, según lo expresa el artículo 10 numeral 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, donde establece que la demanda deberá contener los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tenga como resultado la violación de derechos constitucionales.
- b. Si el accionado es una institución del Estado, se invierte la carga de la prueba.
- c. Si el accionado es un particular alegando discriminación o temas medio ambientales, también se invierte la carga de la prueba.
- d. En el resto de los casos, el accionante mantiene su carga de la prueba.

Insistimos: determinados y concluidos los parámetros precedentes, las pruebas respectivas se presentarán en los veinte minutos iniciales, es decir, en la primera intervención.

Si se requiere más tiempo, éste será otorgado, dada la naturaleza probatoria y su complejidad en cada caso.

Gráficamente podemos determinar lo siguiente:



Finalmente, cabe citar que el Juez, de oficio, podrá ordenar que se practique ciertas pruebas y a su vez designar comisiones. El término para practicar la prueba no será mayor de ocho días y por una sola vez, bajo orden de la Jueza o Juez.

La comisión designada para recabar las pruebas podrá ser unipersonal o pluripersonal, de manera que se realizará una visita al lugar en donde se recojan los hechos y las evidencias que consideren pertinentes para posteriormente elaborar un informe con todo lo detallado.

9.6. La sentencia

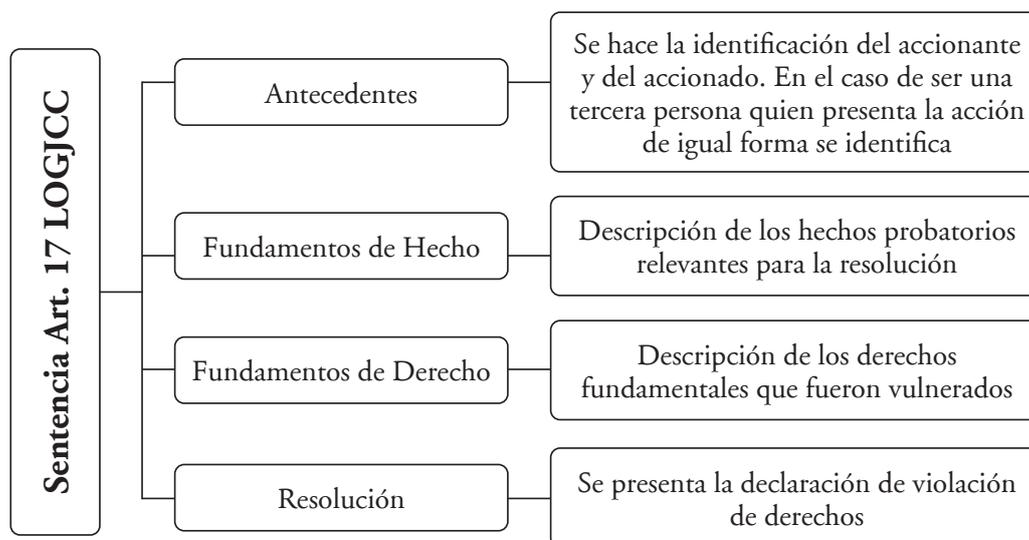
JOSÉ ANTONIO RUMOROSO RODRÍGUEZ, define a la sentencia como aquel acto que rige una vital y ardua importancia, por no decir, la mayor de todas, dentro de un proceso jurisdiccional en su etapa final, momento en el cual se emplea el uso de la motivación de parte del Juez en base al derecho para plantear una determinada decisión a un caso concreto, como solución del mismo²⁹.

El artículo 17 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, estipula que la decisión judicial procederá de la siguiente manera (ASAMBLEA NACIONAL, 2011):

Antecedentes: La identificación de la persona afectada y del o la accionante, de no ser la misma persona; la identificación de la autoridad, órgano o persona natural o jurídica contra cuyos actos u omisiones se ha interpuesto la acción.

- Fundamentos de hecho: La relación de los hechos probados relevantes para la resolución.
- Fundamentos de derecho: La argumentación jurídica que sustente la resolución.
- Resolución: La declaración de violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar.

Gráficamente lo establecemos de la siguiente manera:



29 RUMOROSO, J., *Las sentencias. Filosofía del Derecho*. “La sentencia es el acto más importante de la función jurisdiccional, toda vez que constituye el punto culminante

Si la demanda es procedente y se evidencia la existencia de violación a derechos constitucionales, será obligación del Juez declarar la reparación integral explicada a continuación.

9.7. Reparación integral

Para JHOEL ESCUDERO, la reparación integral es definida como “un amplio rango de medidas que pueden adoptarse a una violación real o potencial que abarca tanto a la sustancia de la ayuda, así como el procedimiento del cual se la pueda obtener.

En esencia, no existen parámetros definidos para un único uso de la palabra, pero para efecto del reconocimiento de los Estados, se expresa como una doble obligación hacia las víctimas: “para que sea posible el alivio del daño sufrido y para proporcionar un resultado final que en realidad ocupa el daño. Para decirlo de otra manera, la justicia para las víctimas exige genuinos mecanismos procesales que resulten en el alivio final y positivo de la vulneración de derechos” (ESCUDERO, 2013).

Constitucionalmente encontramos a dos tipos de reparación integral, estas serán materiales o inmateriales.

La reparación integral material, es aquella que es tangible, objetiva y cuantitativa, en cambio, la reparación integral inmaterial, será aquella subjetiva, cualitativa e intangible, como el honor y el buen nombre.

Dicho esto, a la reparación integral se la declarará en sentencia como se lo mencionó anteriormente, pero la Corte Constitucional mediante una sentencia vinculante moduló el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Análisis de sentencia No. 004-13-SAN-CC. Caso No. 0015-10-AN. Reparación integral por vía contenciosa administrativa

Esta sentencia se desprende de la acción por incumplimiento presentada en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores, por incumplir lo dispuesto en los artículos 60 y 65 del Convenio entre Ecuador y Colombia sobre Tránsito de personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimas y Aeronaves, publi-

de todo proceso, que consiste en aplicar el derecho al caso sometido a la consideración de los órganos encargados de la misma, es la decisión que corresponda en la relación procesal, y constituye el resultado entre la acción intentada que dará satisfacción en su caso a la pretensión del juicio”.

cado en el Registro Oficial No. 83 del 9 de diciembre de 1992, y el artículo 64 de la Ley Orgánica de Servicio Exterior.

Por lo expuesto, se solicita que el Ministerio de Relaciones Exteriores cumpla con la obligación de entregar un vehículo por ser el accionante el verdadero y único propietario del vehículo, adicionalmente, requiere que se ordene al Ministerio de Relaciones Exteriores que proceda a la reparación integral por el daño material e inmaterial causado, en razón de que la camioneta de su propiedad le permitía ganarse el sustento de su familia, debiendo además considerar los gastos de movilización efectuados con motivo del viaje a Colombia, para realizar los trámites de recuperación del vehículo.

El señor C. M. E., compareció el 17 de noviembre de 2009, ante el consulado del Ecuador en Ipiales, Colombia, portando los documentos que acreditan la propiedad del vehículo marca Mazda, color champán, tipo *pick up*, modelo B2600I, cabina simple, año 1997, motor GG6202737, placas PSZ-166, matriculado en la provincia de Pichincha, con la finalidad de solicitar la devolución del referido vehículo, sin embargo, el encargado de las funciones consulares del Ecuador en Ipiales, le indicó que debía realizar su pedido a la Fiscalía Novena de Colombia.

Una vez realizados los trámites pertinentes, afirma que el Fiscal Noveno de Colombia, ordenó mediante oficio el 18 de noviembre de 2008, a la administradora de Bienes de la Fiscalía, entregue el vehículo por haber sido autorizado por el Cónsul de Ecuador, vehículo que estaba en poder de ellos, recuperado por hurto en el Ecuador, habiéndose configurado hasta ahí todos los elementos tendientes a dar cumplimiento a la norma contenida en el Art. 65 del Convenio entre Ecuador y Colombia, sin embargo, dicha entrega no se llevó a efecto, toda vez que no existía materialmente el vehículo objeto del cumplimiento, es así que mediante otro oficio el 18 de noviembre de 2009, se señaló que no es posible atender tal solicitud, puesto que, ya mediante un oficio emitido el 11 de agosto de 2008 por el Cónsul de Ecuador, se ordena la entrega del vehículo en mención a terceras personas, determinándose de esta manera una actitud no adecuada del funcionario consular, por el hecho de ordenar dos veces la entrega de un mismo automotor a dos supuestos propietarios.

Mediante nota, de 11 de agosto de 2008, consta la solicitud del señor accionante, acreditándolo en ese momento como propietario del automotor, disponiendo su entrega por parte de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía de Pasto, suscrita por la Dra. A. B. y el señor W. F.C.M.O. quien recibe el vehículo, así como el acta de entrega de recepción suscrita por el señor Á.N. el 28 de agosto de 2008, de tales actos mediante nota,

con el carácter de urgente, el 19 de noviembre de 2009, el señor P.N.E., encargado de las funciones consulares del Ecuador, solicita al SIJIN – Ipiales, que ubique urgentemente y detenga el vehículo en mención, ya que dicho vehículo fue entregado con documentación falsa al señor A.W. y al señor W.C., el mismo funcionario consular, el 12 de mayo, reitera su solicitud a las autoridades de SEIJIN-Ipiales, reconociendo la equivocación como propietario del vehículo a William Andrade Ibarra.

Una vez que la propia Oficina Consular del Ecuador en Ipiales determina que el señor A.A.I., no es propietario por haber presentado documentación falsa a través de su apoderado para la devolución del vehículo, acreditan la propiedad del automotor a favor de C.D.M.E.

Ante esto, el Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, en su contestación, alega la ilegitimidad de la personería pasiva, pues la pretendida acción por incumplimiento, en el supuesto caso de haberla no consentido, correspondería seguirla al funcionario que actuó como encargado de funciones consulares de Ecuador en Ipiales de la época, y no al Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, elemento sustancial de esta acción.

Es así que el Procurador General del Estado, expresa que el Ministro de Relaciones Exteriores, solamente se ha limitado a ejercer las competencias establecidas en la Constitución y la Ley, no dejando de cumplir con sus obligaciones, el cual no recibió reclamo alguno en el orden administrativo tendiente a establecer responsabilidades del funcionario consular.

Alegando también que, el trámite para la devolución del vehículo, podría ventilarse en otro ámbito de la justicia y no en la constitucional, ya que la acción por incumplimiento simplemente se limita a verificar el cumplimiento de deberes claros, exigibles, expresos, presupuesto ausente en este caso, además de que no cabe mediante esta acción la restitución de valor alguno, particularmente por concepto de reembolso de gastos de movilización para realizar los trámites de recuperación del vehículo, ya que como se dijo el objeto de esta acción es el procurar el cumplimiento del deber omitido, solicitándole a la Corte Constitucional, se la rechace por improcedente.

La Corte Constitucional, respecto a todos los elementos presentados por las partes, realiza un análisis profundo de la norma jurídica, en este caso de los artículos 60 y 65 del Convenio entre Ecuador y Colombia sobre Tránsito de personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimas y Aeronaves y artículo 64 de la Ley Orgánica de Servicio Exterior, de los cuales se colige, respecto al Art. 60, que si se puede evidenciar la existencia de una obligación de hacer, la cual es clara (probar la calidad de dueño), es expresa (la disposición normativa

claramente determina la obligación que tiene el dueño y el funcionario ante quien debe probar la propiedad) y es exigible una vez probada su condición de dueño ante el funcionario consular del país de la matrícula, quien pondrá entrar en inmediata posesión de la embarcación o vehículo de propiedad), distinto al Art. 64, el cual denota funciones y atribuciones por parte de las oficinas consulares, mas no obligaciones de hacer, como son el proteger dentro de su circunscripción los intereses del Estado al cual representan, así como de los ecuatorianos, reflejando aquello que la norma no es clara dentro del caso en análisis, ya que no contiene una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible, por lo que no se logra evidenciar en qué medida el no cumplimiento de esta disposición normativa pudiere afectar el derecho a la propiedad del accionante, por último, en cuanto al Art. 65, se pudo evidenciar que para preservar el derecho a la propiedad de los titulares de una aeronave, nave, o automotor, el mismo que contiene un doble obligación de hacer, siendo estas claras, expresas y exigibles; por una parte, la obligación de la autoridad administrativa del lugar, en donde se recuperó la embarcación o vehículo robado, de poner el bien a órdenes del Cónsul; y por otra parte, la obligación de hacer del Cónsul, que consistía en la entrega de la embarcación o vehículo a su dueño, siendo exigibles por parte del propietario una vez que haya demostrado su calidad ante el Cónsul, demostrándose así que las autoridades colombianas sí dieron cumplimiento en la primera parte del Art. 65 del Convenio entre Ecuador y Colombia sobre Tránsito de Personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimos y Aeronaves, encontrándose el error en la segunda obligación por parte del agente consular, quien negligentemente hizo la entrega del automotor a quien no era el propietario.

Adicionalmente la Corte Constitucional, considera, conforme al mandato constitucional ecuatoriano, que toda vulneración de derechos merece una reparación integral debido a que en el Ecuador, Estado Constitucional de derecho y justicia, la expectativa de respeto a los derechos constitucionales es mayor a partir del cambio de paradigma constitucional; por lo tanto, se espera que la reparación de los daños causados consigna un sentido integral en función a la naturaleza interdependiente de los derechos constitucionales.

En este contexto, la reparación integral en el ordenamiento ecuatoriano constituye un verdadero derecho constitucional, cuyo titular es toda persona que se considere afectada por la vulneración de sus derechos reconocidos en la Constitución.

Por último, se declara la inconstitucionalidad sustantiva del Art. 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional sobre Reparación Económica, de la frase “De estos juicios se podrá interponer los

recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes”, sustituyéndola por la siguiente: “Sólo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la Ley lo habilite”, ya que las garantías jurisdiccionales por su naturaleza son sencillas, rápidas y eficaces, si sólo finalizan con la ejecución integral de la resolución, y si el proceso de cuantificación ante la jurisdicción contenciosa administrativa o ante la civil es únicamente un proceso de ejecución y no de conocimiento, no existe fundamento constitucional para que el proceso pueda dilatarse con la presentación de todos los recursos ordinarios y extraordinarios.

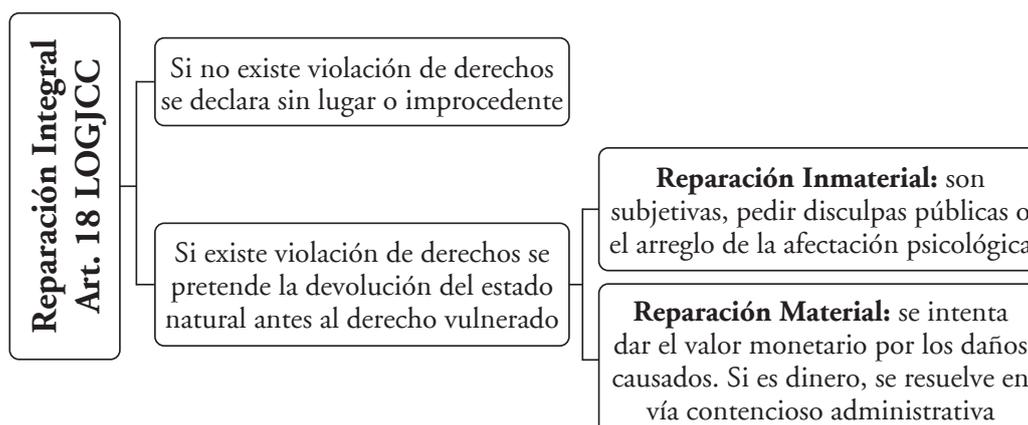
Finalmente, la resolución que emitió la Corte Constitucional, fue la declaratoria de vulneración al derecho a la propiedad privada y al principio de la seguridad jurídica y declara el incumplimiento por parte del encargado de las funciones consulares del Ecuador en Ipiales, de la norma contenida en el Art. 65 del Convenio entre Ecuador y Colombia sobre Tránsito de Personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimos y Aeronaves, negándose así el incumplimiento de las normas contenidas en el artículo 60 del Convenio entre Ecuador y Colombia sobre Tránsito de Personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimos y Aeronaves y el artículo 64 de la Ley Orgánica de Servicio Exterior.

Ordenándose así también como medidas de reparación integral, que el Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, pague al accionante el valor del vehículo objeto de la presente acción, y que disponga se investigue el caso y sancione al o los funcionarios responsables del incumplimiento, ejerciendo de manera inmediata el derecho de repetición en contra de los responsables.

Finalmente, la importancia de esta sentencia, radica en la emisión de la siguiente regla jurisprudencial:

“El monto de la reparación económica, parte de la reparación integral, como consecuencia de la declaración de la vulneración de un derecho reconocido en la Constitución, se la determinará en la jurisdicción contenciosa administrativa cuando deba satisfacer el Estado y en la vía verbal sumaria cuando deba hacerlo un particular. Dicho procedimiento se constituye en un proceso de ejecución, en el que no se discutirá sobre la declaratoria de vulneración de derechos”.

Gráficamente podríamos esquematizar a la reparación integral de la siguiente manera:



9.8. La Apelación

Apelar significa mostrar inconformidad con una decisión judicial. Por medio de esta figura se requiere la revisión del fallo por un Tribunal superior.

En las acciones de protección, hábeas data, hábeas corpus, acceso a la información pública, medidas cautelares independientes o en su defecto en los autos de inadmisión referente a estas acciones, es factible la presentación de un recurso de apelación.

En las acciones de protección, hábeas data, acceso a la información pública, medidas cautelares independientes, la competencia para sustanciar el recurso de apelación la tienen las Cortes Provinciales de Justicia.

La acción de hábeas corpus tiene reglas propias de competencia que más adelante serán detalladas.

En garantías jurisdiccionales, la apelación podrá ser presentada de la siguiente manera

- En audiencia.
- Por escrito, dentro de los tres días posteriores a la decisión oral.
- Por escrito dentro de los tres días desde la notificación escrita de la sentencia.

El término previsto para presentar la apelación, será de tres días y es importante acotar que el Juez de primer nivel carece de competencia para analizar la viabilidad o no de la apelación.

El análisis sobre la admisión o no de la apelación en estas acciones, conforme lo establece la regla jurisprudencial prevista en el denominado “*Caso Indulac*” le corresponde exclusivamente al superior.

Únicamente la Corte Provincial puede analizar la procedencia o improcedencia de este recurso. Esto, sin duda alguna, representa otra diferencia sustan-

cial con la justicia ordinaria, donde claramente el Juez de primer nivel si tiene competencia para negar una apelación presentada de forma extemporánea.

La Corte Provincial de Justicia, resolverá en mérito de los autos, eso quiere decir, que no será necesaria la celebración de una audiencia, sin embargo, accionantes o accionados están en la facultad de solicitar una audiencia para ser escuchados.

La Corte Provincial, atento a los principios de impulso de oficio y *iura novit curia*, está facultada también para solicitar la práctica de ciertas pruebas que considere necesarias.

Efectos de la apelación

Al momento de efectuar una apelación, como resultado tendremos la aplicación de dos efectos dependiendo de quien recurra.

Si la presenta el accionante, tendrá un efecto suspensivo, es decir la sentencia apelada no podrá ser ejecutada mientras se procesa la apelación.

Si la presenta el accionado, la sentencia deberá ser ejecutada, en consecuencia, tendrá un efecto no suspensivo.

Análisis de sentencia No. 045-13-SEP-CC. Caso No. 0499-11-EP. Términos para apelar en Garantías Jurisdiccionales

La sentencia de la cual se realizará el análisis, es la resolución efectuada por el ex juez constitucional, Edgar Zárate Zárate, a raíz de la acción extraordinaria de protección que se propuso “contra un auto emitido por la Primera sala de lo Civil del Guayas el 12 de enero de 2011, dentro de la acción de protección No. 718-2010” (Ecuador, 2013, pág. 1).

El antecedente de la acción extraordinaria de protección, versa sobre una acción de la misma naturaleza, que mediante sentencia fue declarada sin lugar en primera y segunda instancia.

Cabe indicar, que el fundamento de la decisión judicial adoptada en segunda instancia, fue que dicha acción ha sido presentada fuera del término legal de tres días que prescribe la Ley.

Producto de esta decisión judicial, se interpone una acción extraordinaria de protección, la misma que tuvo como fundamento que la decisión judicial dictada por la Corte Provincial respectiva, afectó el pleno ejercicio del derecho a recurrir, establecido en el art. 76, núm. 7, literal m, de la Constitución de la República del Ecuador, es decir, se afectó todo el debido proceso.

Así mismo, alega el accionante que la notificación de la sentencia que declaró sin lugar la acción de protección propuesta se realizó el 01 de octubre de 2010, sin embargo, la parte accionada interpone un recurso de aclaración el 05 de octubre de 2010, solicitud que la Corte Provincial resolvió y notificó el 07 de octubre del mismo año.

El accionante alega que era necesario conocer con claridad el alcance de la resolución, para la presentada –*aclaración*– y fundamentar la debida apelación, es así que interpone el recurso de apelación el 11 de octubre del mismo año, esto es, en el segundo día hábil dentro del término que la Ley determina.

Sin embargo, la Corte Provincial de Justicia, a quien correspondió conocer dicho recurso de apelación de la antedicha acción de protección, inadmitió el recurso por considerarlo extemporáneo, esto de acuerdo a lo establecido en el art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En la acción extraordinaria se indica, que los juzgadores, omiten el recurso de aclaración que la parte accionada interpuso y que si bien era competencia de Juez *a quo* conocer el mencionado recurso, era necesario para el legitimado activo conocer el alcance de la resolución de ese recurso de aclaración, razón por la cual el accionante insiste en que los Jueces no consideraron el término a partir de la notificación de la resolución de la solicitud de aclaración de la sentencia, sino mediante el término en que se notificó la sentencia, que declara sin lugar la acción de protección inicialmente planteada.

Si bien en el artículo 24 de la Ley Orgánica de la materia se establecen los términos que la ley prevé para presentar los recursos de apelación para recurrir los fallos, no es menos cierto que el artículo 76, numeral 7, literal m, proclama el derecho de recurrir a los fallos en todo tipo de procedimientos.

El accionante además alega que se ha hecho una interpretación literal errónea, pues existen leyes que complementan estas disposiciones; y, en este caso, la disposición complementaria era el Código de Procedimiento Civil, pues se debió interpretar la norma en concordancia con lo que se establece en el artículo 306 del mencionado cuerpo normativo.

Por último, alega que el auto objeto de la presente acción extraordinaria de protección vulnera la garantía del debido proceso y del derecho a la defensa, que consta en el artículo 76, numeral 7, literal m, de la Constitución de la República del Ecuador, referente a la posibilidad de recurrir a todos los fallos y resoluciones en todos los procedimientos en los que se decida sobre derechos (ECUADOR, 2013, pág. 3).

La pretensión del accionante es que se declare la vulneración a los derechos fundamentados en la demanda, como lo son: el derecho a recurrir al fallo o

resolución en todo tipo de procedimientos, mismo derecho que se encuentra consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, como una garantía del debido proceso en el artículo 76, numeral 7, literal m.

Así mismo, que se declare haber lugar a la demanda por presentarse dentro del término establecido por la ley.

La Corte Constitucional es el órgano con competencia para conocer cuantas acciones extraordinarias de protección se presenten en el pleno, en tal virtud, para la resolución de la presente acción de protección, los jueces del Pleno de la Corte realizan un análisis minucioso de cada uno de los alegatos expuestos en la demanda por la parte accionante, así como de las pretensiones de la acción.

La acción extraordinaria de protección es el mecanismo mediante el cual se reclama el cese ante una vulneración de derechos o en su defecto es también la garantía que se ejerce para evitar la vulneración de derechos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador en sentencias o autos definitivos, ejecutoriados o con fuerza de sentencia.

El Pleno de la Corte Constitucional plantea la pregunta de si realmente el auto impugnado vulnera el derecho a la defensa como alega el accionante para de acuerdo a esto resolver.

Si bien, la garantía de recurrir a los fallos y resoluciones es un derecho consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, es necesario que se tenga claro que las acciones alegadas en el presente caso aducen a la tutela judicial efectiva y que, por lo tanto, se debe resolver en base a los principios de inmediación y celeridad.

Es por tal razón que el accionante comparece mediante Acción Extraordinaria de Protección, para que se enmiende la decisión tomada en la Sala de la Corte Provincial donde se inadmitió el recurso de apelación por considerarse que había sido interpuesto fuera del término establecido por la Ley, esto es tres días hábiles, dado que las sentencias en materia constitucional tienen una característica particular y es que son de inmediato cumplimiento; por lo tanto, la decisión judicial es firme independientemente de los recursos horizontales o verticales que las partes accionante y accionado interpongan, puesto que son decisiones estudiadas de forma pormenorizada; dicho esto, se entiende que las sentencias en materia constitucional continúan su ejecución aisladas de los diferentes recursos a presentarse o presentados en su debido momento.

La Corte en su análisis puntualiza cada uno de los alegatos expuestos por el accionante en la demanda, así mismo, concuerda que la Sala de la Corte Provincial, emitió un dictamen de acuerdo a una interpretación literal de la

Ley basada en el artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Sin embargo, es necesario que así mismo se realice una interpretación un poco más profunda tratándose de derechos de Tutela Judicial Efectiva, pues la misma Ley contiene disposiciones y principios constitucionales, por ello, desde este análisis al interponer el accionado o accionante un recurso de ampliación o aclaración sobre esa solicitud nace una obligación para los operadores de justicia y es la de realizar las respectivas correcciones a la resolución, pues para que el accionante pueda ejercer su derecho a recurrir el fallo era necesario conocer el contenido real y claro de la resolución para ahora sí preparar sus alegatos que fundamenten su impugnación.

Así mismo, los Jueces del Pleno de la Corte Constitucional, considerando que el numeral 5, del artículo 11, de la Constitución de la República del Ecuador, proveyendo este tipo de casos en los que podría existir una presunta vulneración de derechos constitucionalmente reconocidos, se debe aplicar e interpretar la norma que en mayor medida permita el gozo efectivo de los derechos, es decir, la más favorable.

Se concluye entonces que, al haber rechazado el recurso de apelación por considerar que se interpone fuera del tiempo establecido en la Ley para ejercer el derecho a recurrir los fallos *–sin considerar las solicitudes de aclaración o ampliación–*, se viola el derecho a una adecuada defensa, no permitiendo recurrir al fallo, dadas las circunstancias conocidas en líneas anteriores donde se hace un breve resumen del antecedente.

Tomando en consideración la fecha en la que fue notificada la sentencia, la cual consta el 01 de octubre de 2010, para que luego la parte accionada interponga un recurso horizontal el 05 de octubre del 2010 que se resuelve y notifican a las partes el 07 de octubre del mismo año, es así como indica la Corte que el recurso fue presentado dentro del término establecido por la ley, esto es dentro de los 3 días hábiles, considerando que el recurso de apelación al fallo fue presentado el 11 de octubre de 2010, debió ser aceptada pues el 11 es el segundo día hábil luego de haber conocido mediante notificación la resolución al recurso de aclaración.

Por lo tanto, la Corte en su análisis concluye en que sí existió vulneración a derechos constitucionales, como lo son el debido proceso, el derecho que todo ciudadano tiene a recurrir contra un fallo judicial en el término que la Ley indica, toda esta vulneración ha provocado que el accionante no haya podido ejercer de forma adecuada a la tutela judicial efectiva pese a haber presentado un recurso oportuna y debidamente.

Mediante sentencia, los Jueces del Pleno de la Corte declaran la vulneración de los derechos establecidos en los artículos 76, numeral 7, literal m, con respecto al derecho de recurrir a los fallos y resoluciones judiciales en todos los procedimientos, y el artículo 75 con respecto a la tutela judicial efectiva.

Así mismo, decide aceptar la Acción de Protección y dejar sin efecto el auto expedido por la sala inferior, objeto de la Acción Extraordinaria de Protección.

En síntesis, podríamos concluir, que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no es específica al indicar el mecanismo de impugnación, pues el Art. 24 de la Ley referida anteriormente, indica que se puede apelar en el término de tres días, empero, no establece desde qué momento discurren estos términos.

Conforme se explicó, en el capítulo pertinente de esta obra, consideramos que dada la naturaleza de este tipo de acciones, los sistemas de impugnación, particularmente en la apelación, son flexibles, por ello, el recurrente bien puede presentar su apelación en la misma audiencia de forma oral o dentro de los tres días después de dictada la sentencia, sea esta oral o escrita.

Debemos de recordar que en garantías jurisdiccionales la sentencia ya se considera como tal, desde su pronunciamiento oral, situación que marca una gran diferencia con la justicia ordinaria donde existe la denominada decisión oral y la sentencia, que adquiere tal calidad en el momento en que se reduce a escrita.

Cuando se presentan los remedios procesales en procesos constitucionales, tales como la aclaración y ampliación, acorde lo indica la sentencia analizada, si bien, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no especifica la prorrogación de los términos, no es menos cierto, que la propia Ley indica que en lo no previsto se aplica lo estipulado en el actual Código General de Procesos ecuatoriano, el cual reemplaza al antiguo Código de Procedimiento Civil.

Frente a ello, es adecuado indicar que de presentarse estos remedios procesales legitimados activos o pasivos podrán apelar dentro de los tres días en los cuales se resuelve tal aclaración o ampliación.

Análisis de la sentencia No. 001-10-PJO-CC. Caso No. 0999-99-JP. Sobre la interposición del recurso de apelación

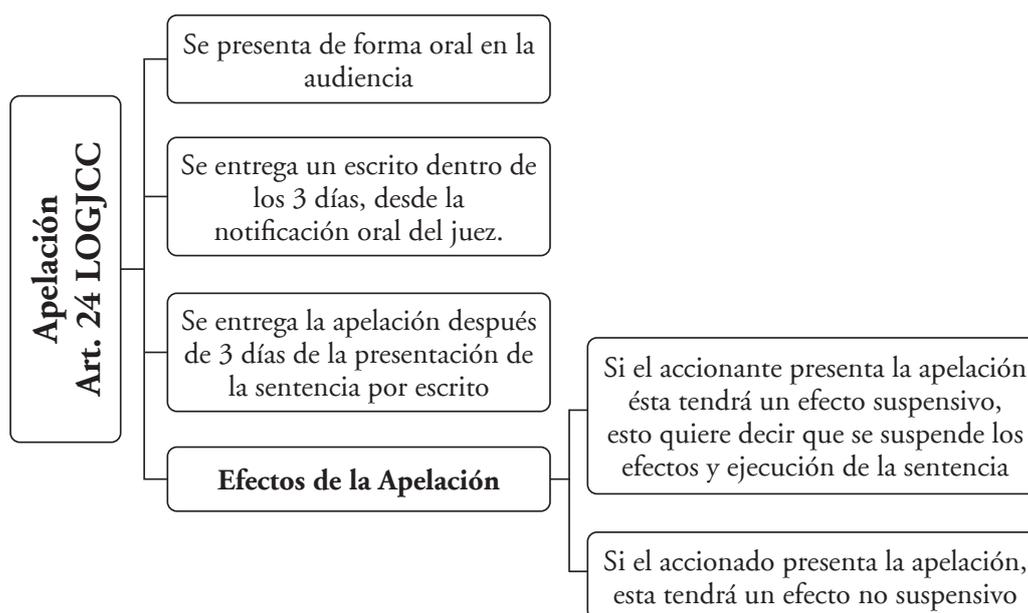
En esta sentencia, la Corte bajo la regla jurisprudencial con carácter *erga omnes* reafirmó las disposiciones constitucionales por la calificación de admisibilidad de los recursos de apelación dentro de las garantías jurisdiccionales,

y determina que debe clarificarse la desestimación de un recurso de apelación por falta de fundamentación, este recurso de apelación no requiere del auspicio de un profesional del derecho y permite su inmediata aplicación, por cuanto se estima que, bajo el principio *iura novit curia* “el Juez conoce de derecho”, en tanto este debe subsanar las deficiencias de las pretensiones alegadas, como es en este caso, la falta de fundamentación, y continuar así con la sustanciación de la causa y prevé la prohibición de suspender.

Por ello, la Corte Constitucional dicta que las Juezas y Jueces al conocer de Garantías Jurisdiccionales deben limitarse a recibir los recursos que se interpongan y remitirlo a la autoridad que sea competente por cuanto no están aptos para calificar la procedencia de un recurso de apelación.

Con respecto a la interposición de una acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional desarrolla una regla jurisprudencial de acuerdo a la calificación de demandas de dicha garantía jurisdiccional, en la cual determina que dicha garantía es exclusiva y de directa competencia de la Corte, por cuanto corresponde a ella la realización de un examen de admisibilidad que determine la procedencia o no de la misma.

Gráficamente exponemos lo narrado de la siguiente manera:



CAPÍTULO X
GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS
DERECHOS CONSTITUCIONALES



10.1. Acción de protección

Concepto

La acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, exceptuando los derechos protegidos por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, acción por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

Se entiende entonces que a nivel de procesos constitucionales representa una acción que se activa en el momento en que existen violaciones a derechos constitucionales y, que para el resarcimiento de los mismos, la Ley de la materia no asigne un trámite específico.

La acción de protección es la garantía jurisdiccional que permite de forma general el restablecimiento de derechos vulnerados, no puede ser asimilada o confundida con el antiguo amparo constitucional, pues el ámbito de acción de la acción de protección es mucho más amplio, e incluso permite que la legitimación pasiva sea dirigida hacia particulares, claro está, que para hacerlo, se deben acreditar ciertos requisitos.

El autor MANUEL OSORIO, define a la acción de protección como una institución que tiene su ámbito dentro de las normas del Derecho Público o Constitucional y que va encaminada a proteger la libertad individual o patrimonial de las personas cuando han sido desconocidas o atropelladas por una autoridad pública no judicial, que actúe fuera de sus atribuciones legales o excediéndose en ellas, generalmente vulnerando las garantías establecidas en la Constitución o los derechos que ella protege³⁰.

Para el Dr. JOSÉ GARCÍA FALCONÍ, la acción de protección “es una acción especial, de derecho público, verdadera garantía, superior a las leyes de mero procedimiento”³¹.

30 Declaración Universal de los Derechos Humanos, Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

31 GARCÍA, F. J., *El Juicio Especial por la Acción de Amparo Constitucional*, (...) 3ra. ed. Quito. Edito Rodín, 1999, p. 114.

Esta garantía jurisdiccional también se encuentra establecida en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la misma que se encarga de delimitar los aspectos procedimentales, las normas de ejecución, requisitos para su procedencia, objeto, trámite e improcedencia de la acción en sus artículos correspondientes.

Fue en la Constitución de 2008 donde se generó cambios en las garantías jurisdiccionales, suprimiendo por ejemplo el antiguo amparo constitucional creando la denominada acción de protección de derechos.

El artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador, define a esta acción, como: “el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por acciones u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o del ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular; si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

Criterios de la Corte Constitucional con relación a la acción de protección

La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 0 016-13-CEP-CC emitida por la causa No. 0 1000-12-EP de 16 de mayo de 2013, expuso que la acción de protección representa: “Una garantía idónea y eficaz que procede cuando el Juez efectivamente verifica una real vulneración de los Derechos Constitucionales, con lo cual no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico tienen cabida para el debate en la esfera constitucional, ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces, dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional, cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posible controversia de índole infra constitucional puede señalar la existencia de otras vías. El razonamiento que desarrolla la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece, que la acción de protección procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado (...)”.

La Corte Constitucional, en varias sentencias, ha determinado que la acción de protección no sólo procede cuando se verifica la vulneración de dere-

chos constitucionales, en la sentencia No. 016-13-SEP-CC, la Corte señaló: “La acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el Juez efectivamente verifica una real vulneración a Derechos Constitucionales con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria”.

Por su parte la sentencia No. 041-13-CEP-CC dictada dentro del caso No. 0470-12-EP se expresó también: “La acción de protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales ordinarias, pues ello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución (...) no sustituye a todos los demás medios judiciales pues en dicho caso, la justicia constitucional pasaría a asumir potestades que no le corresponden, afectando la seguridad jurídica de los ciudadanos y desvirtuando la estructura jurisdiccionales del estado y desconociendo la garantía institucional que representa función judicial”.

En la sentencia No. 001-16-PJO-CC dentro del caso No. 0530-10-JP, la Corte Constitucional Ecuatoriana a su vez expuso: “Dentro de las garantías constitucionales se encuentran aquellas de tipo jurisdiccional; es decir, que pueden ser activadas en unos casos, ante los órganos que componen la función judicial y en otros, ante la Corte Constitucional, máximo órgano de administración de justicia constitucional”.

Ahora bien, del contenido de la Constitución (Art. 86-94), se desprende que existen varios tipos de garantías jurisdiccionales. Sin embargo, dado el asunto que motiva el presente caso, el pleno de esta Magistratura centrará su análisis en la acción de protección:

“La acción de protección de los derechos, como garantía jurisdiccional, es un mecanismo procesal judicial al alcance de todos los ciudadanos, reconocido en la Constitución para que en caso de que sus derechos hayan sido vulnerados por una autoridad pública o personas privadas, estos puedan obtener el restablecimiento y una posterior reparación por el daño causado, con lo cual la acción de protección es la realización de un derecho constitucional/humano en sí mismo (...)”

De lo expuesto, si bien es cierto que se reconoce la capacidad tutelar de la acción de protección de derechos, no es menos cierto, que ésta al garantizar y amparar los derechos reconocidos en la Constitución, automáticamente excluye cuestiones que sean de naturaleza infra constitucional.

Es importante entonces indicar, que en garantías jurisdiccionales, al existir violación de derechos constitucionales, la justicia constitucional siempre será la vía adecuada y eficaz para sustanciar y restaurar esos derechos, empero, al no existir violación de derechos constitucionales sino meras expectativas sobre la aplicación o inaplicación de la ley, la vía constitucional no será la vía adecuada y eficaz, mas si lo será la justicia ordinaria.

Por este tema, resulta trascendente al revisar el contexto de una acción de protección determinar la existencia o inexistencia de violación de derechos, acorde a los requisitos previstos en el artículo 40 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que en su numeral 1 indica: “La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1.- Violación de un derecho constitucional (...)”.

Requisitos de la demanda

Ya con la certeza de que la acción de protección debe excluir toda alegación referente a sistemas infra constitucionales, es pertinente analizar las causales mediante las cuales si podrá ser presentada la misma, tal como lo estipula el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³².

Podrá interponerse una acción de protección cuando se encuentre vulnerado algún derecho constitucional o los contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, por tanto, será procedente cuando:

1. Exista violación de un derecho constitucional.
2. Se realice una acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo 41 de la misma Ley.
3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho vulnerado.
4. Respecto al numeral 2, la Ley nos establece en su artículo 41 numeral 4 y 5 aquellas causales de procedencia y legitimación pasiva respecto a los particulares, estas serán:

32 Art. 40.- Requisitos. - La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Violación de un derecho constitucional;
2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,
3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

- a. Presten servicios públicos impropios o de interés público, por ejemplo, fundaciones, telefonías, etc.
- b. Presten servicios públicos por delegación o concesión.
- c. Provoque daño grave.
- d. La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de otro tipo.
- e. Todo acto discriminatorio cometido de cualquier persona.

Conforme lo analizamos previamente, la demanda en la acción de protección representa una herramienta que no requiere la exposición detallada de los derechos presuntamente vulnerados ni la explicación del trámite que se debe seguir. Esto, sin dudas es una gran diferencia con la demanda existente dentro de la justicia ordinaria, pues en este caso, sí se deben agotar ciertos requisitos.

Es importante igualmente recordar, que la presentación de los elementos probatorios resulta indispensable al momento de la presentación de la demanda, pues si se busca la inversión probatoria, necesariamente se debe de contar con una base sustentable para aplicar el sistema de inversión.

En caso de que el legitimado activo no aplique correctamente esta primera regla básica de apreciación de la prueba; y si, la institución pública accionada (*de ser el caso*) a su vez tampoco presenta nada en la contestación dada en la audiencia, el Juez se verá en la obligación de aperturar un término probatorio y esto evidentemente retrasaría la decisión judicial.

La acción de protección a su vez tiene requisitos de inadmisión y requisitos de improcedencia.

Esto quiere decir que, existen casos en los cuales, luego de la presentación de la demanda, el Juez tiene la obligación de inadmitir la acción en primera providencia, criterios que amplían las causales de inadmisión previstas en el Art. 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional previamente analizados.

Entonces, tratándose de la acción de protección de derechos podemos resumir, que el término “*inadmisión*” únicamente puede ser aplicado en la calificación de la demanda, mientras que el término “*improcedencia*” siempre debe ser aplicado en sentencia.

Estos criterios son aplicables desde que la Corte Constitucional moduló y aclaró las causales de improcedencia de la acción previstas en el Art. 42 de la referida Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional conforme se explica a continuación.

Análisis de sentencia No. 102-13-SEP-CC. Caso No. 0380-10-EP. Modulación del art. 42 respecto a las causales de improcedencia e inadmisión

Se interpone una acción extraordinaria de protección ante la decisión emitida por la Sala de lo Civil, Mercantil e Inquilinato de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en apelación a la acción de protección que propuso contra el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), por supuestas vulneraciones de sus derechos constitucionales, por omisión de la autoridad pública, de acuerdo a los hechos ampliamente relatados por la accionante en su demanda, determinando que el auto de inadmisión de la presente acción es el dictado por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, de manera que la Sala desestima el recurso de interpuesto y el Juez de primer nivel en su primer auto, inadmite la acción de protección planteada contra el IESS.

La accionante alega que dicha decisión impugnada vulnera el derecho al debido proceso, a la tutela efectiva y por consiguiente a la seguridad jurídica, basándose en el artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece las reglas generales para la tramitación de las garantías jurisdiccionales, las mismas que deben ser cumplidas por los Jueces de manera que garanticen la plena y directa reparación integral.

Por su parte, la legitimación activa refiere que los Jueces han incurrido en omisión al momento de dictar sentencia, por cuanto han pretendido emplear nociones procesales del derecho ordinario esperando así que sea el accionante quien demuestre la veracidad de los hechos, por lo que se ve vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. Y, en base a la vulneración del derecho a la seguridad jurídica, la accionante señala que los Jueces no aplicaron las normas procesales de acuerdo al procedimiento constitucional.

En la contestación de la demanda respecto de la vulneración al debido proceso, el órgano jurisdiccional señala que la accionante incumple con la obligación de lealtad argumentativa, por cuanto no da coherencia a los hechos u omisiones que para su efecto violan supuestamente sus derechos y, en relación a los cargos efectuados en base a la seguridad jurídica, los Jueces aseguran que han observado la previsión legal del sistema jurídico vigente.

Dentro de la demanda, como ya se ha mencionado con anterioridad, la accionante alega que se vulneró el derecho al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, pues bien, en la verificación de los requisitos formales para la presentación de la garantía jurisdiccional se concluyó que la misma constaba de todos los aspectos necesarios, pero luego de “analizada” la

causal del Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para la procedencia o improcedencia de la acción de protección, la Jueza de primera instancia no realizó un análisis a la Constitución, acorde a su obligación y directamente sostuvo como causal de inadmisión a la contenida en el artículo 42, numeral 4, de la Ley mencionada anteriormente, formando así un criterio de improcedencia de la acción.

Basándonos en lo anteriormente expuesto, es necesario esclarecer que el deber del juzgador constitucional es el de verificar los presupuestos fácticos a través de los medios procesales y de manera especial determinar la existencia o no de una vulneración a un derecho constitucional, por cuanto se considera de vital importancia la sustanciación de la causa como tal en garantías jurisdiccionales de los derechos, como de igual manera determinar la procedencia o improcedencia de la misma.

La Corte Constitucional, finalmente señala sobre este tema que, la inadmisión de la acción de protección debe realizarse con el fin de precautelar activamente el derecho de las personas a la tutela judicial efectiva, de manera que se pueda acceder a un procedimiento que permita justificar las alegaciones en base a las presuntas violaciones de derechos constitucionales.

De esta forma, dicha inadmisión es la última medida que el Juez debe tomar dentro de la calificación de la demanda. Esta inadmisión se consolida en el momento que no existen los requisitos formales para iniciar la sustanciación de un procedimiento y, en cuanto a la improcedencia, ésta implica la inexistencia de la razón o fundamento para la obtención de un pronunciamiento o el acceso a ciertos recursos. Sin la aplicación de estos dos preceptos normativos no se sustanciaría el proceso.

Sobre los hechos expuestos, la Corte Constitucional resolvió, declarar la vulneración de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, correspondiente a la garantía de la motivación, disponer las medidas de reparación integral pertinentes y, declarar con efecto *erga omnes* la interpretación del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de la siguiente manera:

Los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 son causales de improcedencia de la acción, serán resueltas en sentencia motivada.

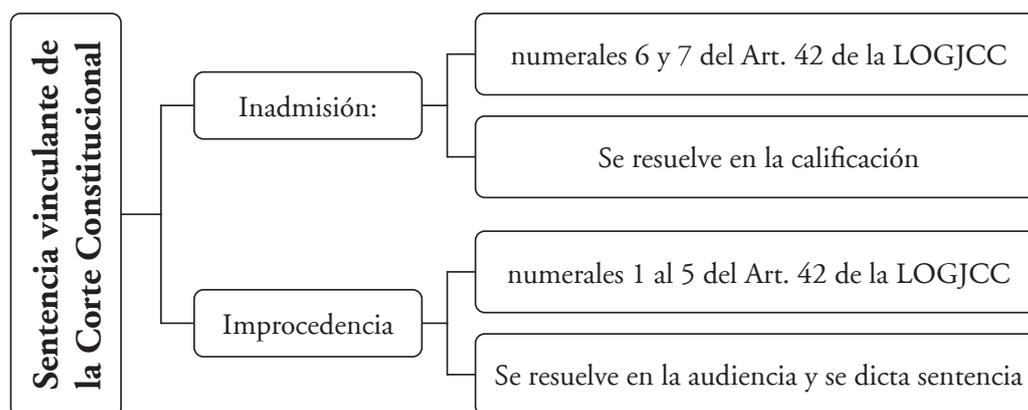
Por su parte los numerales 6 y 7 de la misma disposición legal, serán causales de inadmisión de la acción y frente a ello, se resolverán en la calificación de la demanda.

Gráficamente, podemos dividir la aplicación de la inadmisión y la improcedencia en las acciones de protección de la siguiente manera:

CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN PARA SER DECLARADAS EN SENTENCIA (DESPUÉS DE LA AUDIENCIA PÚBLICA)	CAUSALES DE INADMISIÓN EN AUTO DE CALIFICACIÓN
1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.	6. Cuando se trate de providencias judiciales.
2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de de estos se deriven daños susceptibles de reparación.	7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.
3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.	
4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.	
5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.	

Los numerales de 1 al 5 son causales de improcedencia, es decir, se resuelven con sentencia en audiencia.

Los numerales 6 y 7, son causales de inadmisión, por lo tanto, se resolverán en la primera providencia, esto es en la calificación de la demanda.



Otra de las características de la acción de protección es que, se constituye como una medida de *última ratio*, eso quiere decir, que presuntamente sólo se puede utilizar cuando se hayan agotado todas las vías factibles para lograr resolver el conflicto, sin embargo, queremos ser enfáticos en cuanto a que si se evidencia claramente la violación a un derecho fundamental, estos conceptos son inaplicables y no existe una medida más idónea para restablecer derechos que la acción de protección.

Siendo así, no es admisible la negativa a una acción tutelar con el simple argumento de no haber agotado todas las vías administrativas existentes, pues esta acción no contiene presupuestos de procedibilidad administrativa que impidan su ejecución. Basta con demostrar la perfecta aplicación de los presupuestos establecidos en el Art. 40 y 42 de la Ley de la materia.

Otro concepto erróneo es considerar que la vía ordinaria (justicia ordinaria) siempre es adecuada y eficaz para restablecer los derechos.

Es evidente que, en el momento en que exista violación a un derecho fundamental, aunque en la vía ordinaria existan vías para restablecer el derecho, estas, automáticamente no serán adecuadas y eficaces, pues el legitimado activo está en capacidad de aplicar un subsidio de vía a nivel procesal. La característica dirimente es precisamente la violación a un derecho fundamental.

Procedibilidad

Esta acción tiene una legitimación activa abierta.

Puede ser solicitada por cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo; que se encuentre vulnerado o amenazado en uno o más de sus derechos constitucionales, o por el defensor del pueblo.

Sin embargo, esta acción de protección no siempre podrá ser procedente, tal como lo determina el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³³ en los siguientes casos:

-
- 33 Art. 42.- Imprudencia de la acción. - La acción de protección de derechos no procede:
1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
 2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
 3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.
 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.
 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.

- Cuando no existe violación de derechos constitucionales.
- Actos que hayan sido revocados o extinguidos.
- Cuando se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, por ejemplo, por el sistema de control abstracto.
- Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.

Es necesario realizar una breve explicación con respecto a lo que entendemos por una vía adecuada y eficaz en lo que concierne al marco constitucional.

Insistimos, entonces, es un concepto erróneo el considerar que la vía ordinaria (justicia ordinaria) siempre es adecuada y eficaz para restablecer los derechos.

Es evidente, que cuando exista violación a un derecho fundamental, aunque en la vía ordinaria hayan vías para restablecer el derecho, éstas, automáticamente no serán adecuadas y eficaces, pues el legitimado activo está en capacidad de aplicar un subsidio de vía.

Los términos “*adecuado*” y “*eficaz*”, pueden ser conceptualizados de la siguiente manera:

La vía ordinaria, es adecuada, en el momento en que está en capacidad de satisfacer la pretensión del ciudadano. Esto quiere decir, que el peticionario puede solucionar su conflicto en función de su pretensión, de forma sencilla en las vías ordinarias, toda vez, que la misma verse sobre criterios o cuestiones infra constitucionales.

Por su parte, la vía será eficaz, en función del tiempo que tome solventar el conflicto.

Los criterios del numeral 4 del Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (vía adecuada y eficaz) deben ser aplicados en base a los siguientes presupuestos y reglas:

1. En el momento en que la pretensión del accionante verse sobre una violación a un derecho fundamental, automáticamente la vía ordinaria ya no es adecuada y eficaz. Puede existir la vía en la justicia ordinaria, pero el legitimado activo puede y está en capacidad de aplicar un subsidio de

6. Cuando se trate de providencias judiciales.

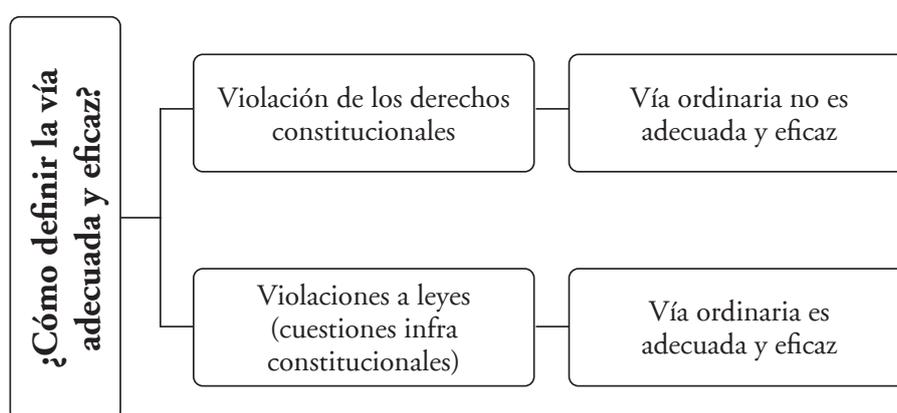
7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.

vía, en aplicación a la sentencia No. 001-16-P.JO-CC, dentro del Caso No. 0530-10-.JP, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador.

2. En el momento en que la pretensión del accionante verse sobre violaciones a reglas relativas a sistemas infra constitucionales (infracciones legales), la vía ordinaria si es adecuada y eficaz. En este caso, una vez descartada la existencia de violación a derechos constitucionales, el Juez está en capacidad y tiene la obligación de derivar la causa a la justicia ordinaria, pues la justicia constitucional no puede ser utilizada en su reemplazo. Esto se da en aplicación de la sentencia No. 0016-13-SEP-CC.

Gráficamente sería de la siguiente manera:



Análisis de la sentencia No. 0016-13-SEP-CC. Caso No. 1000-12-EP. Vías para resolver la violación de Derechos Constitucionales e Infra constitucionales.

La decisión judicial impugnada es la sentencia dictada el 19 de enero de 2012 por los Jueces de la Sala de lo Laboral, Niñez, Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja, la cual en su parte pertinente establece lo siguiente: "Noveno. - Conforme al Art. 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, claramente estipula la improcedencia de la acción de Protección, que como en el caso de estudio, puede ser impugnado por la vía judicial. Por lo tanto, sin que sea necesario mayor análisis, desechando el recurso de apelación interpuesto, se confirma la sentencia del señor Juez de Primer Nivel".

El pleno de la Corte Constitucional según las atribuciones establecidas en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, artículo 58 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

y el artículo 35 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de Corte Constitucional, es competente para conocer y pronunciarse sobre la acción extraordinaria de protección del proceso No. 1000-12-EP, con el fin de establecer si la sentencia dictada por la Corte Provincial ha vulnerado o no los derechos alegados.

Según se cita en la sentencia, la acción extraordinaria de protección está direccionada hacia la protección de derechos constitucionales y normas del debido proceso respecto a una sentencia o auto definitivo y firme o ejecutoriado, en el caso de *sub judice* se puede evidenciar que los accionantes desnaturalizan la esencia de esta garantía al pretender que la Corte resuelva una supuesta vulneración del derecho. La Corte ha señalado por medio de sus jurisprudencias, que estos conflictos normativos infra constitucionales deben ser resueltos a través de las jurisdicciones legales, siempre que trate de temas de interpretación de normas infra constitucionales, para el análisis se puede observar una antinomia jurídica generada en cuanto a la interpretación de normas infra constitucionales contenidas en el Decreto Ejecutivo No. 813 que modifica el Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público, y el propio texto normativo de la Ley de Servicio Público, referente a esta clase de conflictos, la legislación ecuatoriana ha establecido mecanismos para que las partes procesales puedan hacer valer sus derechos determinándose a la jurisdicción contencioso administrativa como competente.

En efecto, la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el Juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional, ya que, para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria.

Al respecto la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia T-1048/48, ha señalado lo siguiente:

“La jurisprudencia de esta Corte ha estimado que la acción de tutela no es un medio alternativo que pueda ser empleado en reemplazo de las acciones judiciales ordinarias, pues conllevaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional del Estado. Así, esta acción tampoco resulta procedente cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado ha contado con la posibilidad de ejercer las acciones ordinarias o especiales ante autoridades jurisdiccionales, creadas para conocer de los litigios originados en actos de administración”.

Al respecto la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en reiteradas ocasiones ha señalado, que si la controversia versa sobre la normativa infra constitucional aplicable al caso, la persona debe acudir a instancias jurisdiccionales ordinarias competentes y no a la justicia constitucional, además, ha señalado que:

“Al ser observado el ordenamiento constitucional como sistema coherente en el que el contenido de las diversas normas que lo integran se encuentran dotadas de unidad orgánica y finalista, identificada a la función jurisdiccional del país como la llamada a tutelar los derechos subjetivos de las personas, pues existen los recursos dirigidos a tal fin, en la especie, el recurso subjetivo de plena jurisdicción, de conocimiento de las judicaturas del contencioso administrativo. Con todas las circunstancias presentadas se puede colegir, que a través de la pretensión de los accionantes, en cuanto a la errónea interpretación de la normativa constitucional y legal de las acciones de protección de derechos, mediante el Decreto Ejecutivo No. 813, se desnaturaliza la esencia de las garantías jurisdiccionales por medio de las cuales se tiende a la protección de derechos constitucionales reconocidos.

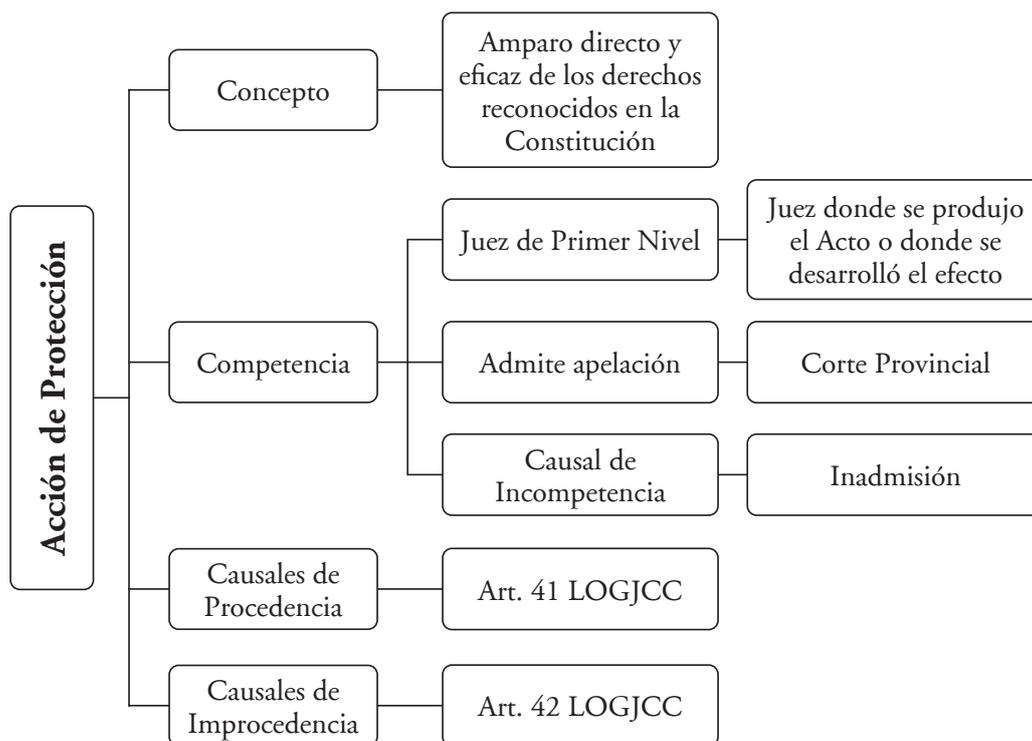
Con lo antes dicho la Corte expide lo siguiente:

1. Declarar que no existe vulneración de derechos constitucionales.
2. Negar la acción extraordinaria de protección planteada por los accionantes.

La importancia de esta sentencia, se traduce en la emisión de la siguiente regla con efecto *inter pares* e *inter communis*:

- a) El Juez que conoce de garantías jurisdiccionales de los derechos, debe adecuar sus actuaciones a las normas constitucionales, legales y jurisprudenciales que integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para determinar su competencia, se circunscriben a la vulneración de derechos constitucionales, mas no a problemas que se deriven de antinomias infra constitucionales.
- b) Las reclamaciones respecto a las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, son competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Cuando se demande una presunta antinomia entre normas de rango infra constitucional deberá acudirse al recurso de anulación u objeción como mecanismo jurisdiccional ordinario pertinente e idóneo propio de la jurisdicción contencioso administrativa.

Finalmente, podríamos graficar todo lo tratado en esta sección de la siguiente manera para efectos didácticos:



Apelación de la Sentencia

La acción de protección inicialmente se presenta ante un Juez de primer nivel, la apelación por otro lado, será presentada a cualquier sala de la Corte Provincial de Justicia mediante sorteo.

Cabe señalar que hay una excepción, en el caso de los Jueces de lo Contencioso Administrativo y lo Contencioso Tributario no se les hará conocer sobre estas causas.

Las reglas formales de la tramitación de una apelación han sido oportunamente tratadas en líneas anteriores. Todo el sistema de normas comunes es aplicable en segunda instancia en lo que fuere pertinente.

Medidas cautelares

Concepto

Las medidas cautelares son aquellas que, según el autor ANTONIO CANCADO, “en el ámbito de los derechos humanos se liberan del formalismo jurídico de la ciencia jurídica del pasado, y en el presente dominio tales medidas, además de su carácter esencialmente preventivo, protegen efectivamente derechos fundamentales”³⁴ (CANCADO, 1996).

34 CANCADO, A., *Comprendido de Resoluciones de la Corte. Medidas provisionales*. Prologo. Publicaciones de la OEA, 1987-1996.

De igual forma, para EDUARDO COUTURE, las medidas cautelares son aquellas que permanecen con la finalidad de evitar que actos por parte de la Administración Pública o por disposición, interfieran en un determinado proceso, anteponiendo la eficacia de la decisión que se dicte³⁵.

Las medidas cautelares en el sistema procesal constitucional ecuatoriano, no son medidas de conocimiento, es decir, que no entran a resolver sobre la vulneración de derechos fundamentales.

Estas medidas solo cesan o evitan la vulneración a derechos, es decir, buscan impedir la materialización de dicha vulneración.

Estas acciones por su rapidez y su fuerza coercitiva, no pueden ni deben remplazar a la acción de protección, pues las medidas cautelares no realizan un pre juzgamiento.

Las características de evitar o cesar son previas a la materialización de la violación del derecho. Si ya se produjo la violación del derecho, entonces se debe plantear una acción tutelar que restablezca tales afectaciones.

Insistimos, mientras la acción de protección resuelve y declara la vulneración derechos fundamentales, las medidas cautelares solo cesan o evitan el daño. No es admisible el uso de medidas cautelares (*independientes*) en reemplazo de una acción de protección.

Tipos

Entendiendo la respectiva definición, el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional nos detalla dos tipos de medidas cautelares, estas son las conjuntas y las independientes.

Medida Cautelar Conjunta

La primera de ellas es la conjunta, aquella que se resuelve dentro de la propia acción tutelar, como por ejemplo, la acción de protección.

Para MASAPANTA GALLEGOS, en aquel sentido “se permite la presentación de medidas cautelares conjuntamente con una acción de garantías jurisdiccionales o de control abstracto de constitucionalidad, con una salvedad, que está determinada por la acción extraordinaria de protección”³⁶ (MASAPANTA, 2013).

35 COUTURE, E., *Vocabulario Jurídico*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1976. “Aquellas que tienen por objeto impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio, asegurando de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo.”

36 MASAPANTA, C., *Las medidas cautelares en la realidad constitucional ecuatoriana*, pp. 251, 252.

Forma de presentación y resolución

Si se presenta una medida cautelar conjunta, la oportunidad para resolver la misma es y debe ser en la misma calificación de la demanda. No es admisible el análisis o pronunciamiento dentro de la sentencia, a menos que la misma fuese concedida en la calificación de la demanda y posteriormente por la declaratoria de improcedencia de acción, se deba cesar la medida cautelar que fue concedida.

Es importante entender también, que la medida cautelar no puede ni debe buscar un pronunciamiento judicial sobre el aspecto de fondo, esto es sobre la vulneración o no del derecho. El Juez no puede realizar un pre juzgamiento sobre este tema.

La medida cautelar conjunta entonces no puede ser confundida con la pretensión principal del accionante. Si éste pretende que con la medida cautelar ya se declare la vulneración de un derecho, la medida no debe prosperar.

Medida Cautelar Independiente

Su principal propósito es el de cesar o evitar la producción del daño “antes de”.

Como lo expresa CUEVA, se busca la obtención de una medida para su posterior ejecución, de esta manera no se estará pretendiendo crear un derecho, por el contrario, se intentará protegerlo.³⁷

La medida cautelar independiente en esencia fue creada para la protección de derechos colectivos o difusos. Su diseño permite obtener una protección judicial por la amenaza de violación de derechos.

La fuerza que puede acarrear la aplicación de esta garantía jurisdiccional, es tal, que incluso, permite que una vez presentada, no se notifique previamente a la contraparte, no sea necesaria la audiencia e incluso la decisión judicial solo sea apelable frente a la negativa de la revocatoria de la misma.

Cabe señalar, que en cuanto a la apelación de la misma, la Corte Constitucional, ya ha indicado que es factible la apelación en todo momento.

Forma de presentación y resolución

Se presenta bajo los requisitos de una demanda, pero se demostrarán presuntas amenazas a derechos fundamentales.

37 CUEVA, L., *Medidas Cautelares Constitucionales*. Ediciones Cueva Carrión. Quito, 2012. “Sus fines son: Obtener una medida cautelar y ejecutarla; así inicia y concluye. Como hemos dicho, las medidas cautelares no crean derechos, los protegen”.

Para que pueda proceder la medida cautelar independiente deberá existir:

- Daño inminente, latente en el momento.
- Resultado irreversible. De no atenderse el daño, sería irreversible.
- Por su parte, estas no deben prosperar, bajo las siguientes circunstancias:
- Otras medidas cautelares en vías administrativas o judiciales.
- Impedir la ejecución de una orden judicial
- Acción Extraordinaria de Protección.

Diferencia entre la acción de protección con medida cautelar conjunta y la acción de medidas cautelares individuales o independientes

Dentro de la acción de protección pueden ser peticionadas medidas cautelares. De ser así, éstas serán denominadas como medidas cautelares conjuntas.

Cuando se presenta una acción de protección con medida cautelar conjunta, el trámite respectivo lo determina la Ley de la materia, la misma que el Art. 10 numeral 7, indica: “Contenido de la demanda de garantía: 7. La solicitud de medidas cautelares, si se creyere oportuno.”

Esto quiere decir que, cuando la acción contiene una medida cautelar conjunta, se resuelve al momento de calificar la demanda.

El Art. 13 numeral 5 de la Ley, ratifica lo indicado al establecer: “La calificación de la demanda deberá contener: 5. La orden de la medida o medidas cautelares, cuando la Jueza o Juez las considere procedentes”.

Por su parte, el trámite respectivo sobre las medidas cautelares independientes, está regulado en el Art. 31 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que dice: “El procedimiento para ordenar medidas cautelares será informal, sencillo, rápido y eficaz en todas sus fases. La Jueza o el Juez tendrá la obligación de buscar los medios más sencillos que estén a su alcance para proteger el derecho amenazado o que está siendo vulnerado”.

De igual forma, el Art. 33 *ibidem* indica: “Una vez que la Jueza o Juez conozca sobre la petición de medidas cautelares, si verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en esta Ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes. No se exigirán pruebas para ordenar estas medidas ni tampoco se requiere notificación formal a las personas o instituciones involucradas”.

Este procedimiento se adopta en medidas cautelares independientes, mas no en las conjuntas.

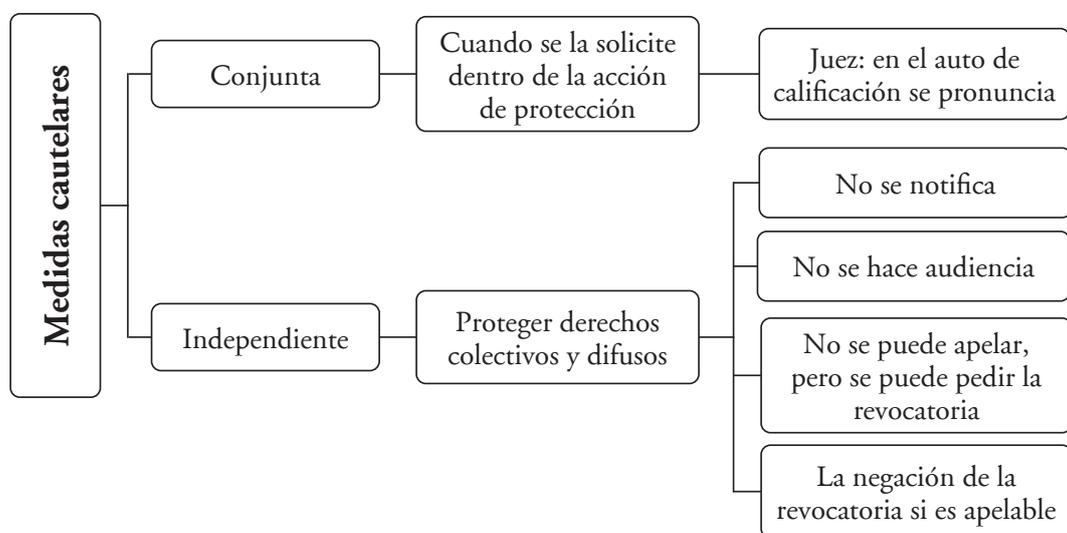
De ser una medida cautelar conjunta a una acción tutelar, el Art. 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es claro al indicar: “La petición podrá ser interpuesta conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución, cuando tenga por objeto detener la violación del derecho. En estos casos, las medidas cautelares se tramitarán previamente a la acción para declarar la violación de derechos por lo que no se requerirá la calificación del requerimiento para que proceda la orden de medidas cautelares; de ser procedente, la Jueza o Juez podrá ordenar las medidas cautelares cuando declare la admisibilidad de la acción. El requerimiento se tramitará de conformidad con lo dispuesto en esta Ley”.

Cuando se trata de medidas cautelares independientes, el Juzgador debe observar las reglas propias previstas para el caso concreto. Tanto los requisitos de admisibilidad como las prohibiciones.

El Art. 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, su inciso final categóricamente indica: “No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos”.

Además de ello, la Corte Constitucional también se pronunció al respecto mediante sentencia vinculante, refiriéndose a que, si las medidas cautelares independientes son mal planteadas o hay equivocaciones al presentarlas, el Juez podrá cambiar el procedimiento bajo el principio *Iura Novit Curia*.

Gráficamente lo podemos entablar de la siguiente manera:



**Análisis de sentencia No. 034-13-SCN-CC. Caso No. 0561-12-CN.
Procedencia y alcance de las medidas cautelares**

La presente decisión judicial, tiene como antecedente la consulta de norma efectuada por un Juez, conforme los artículos 27 y 48 numeral 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y tiene como antecedente, la acción de medidas cautelares presentada en contra de un auto dictado por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia que conlleva al cobro de una deuda tributaria correspondiente al ejercicio fiscal 2005.

La accionante alega que se está vulnerando el derecho al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la defensa, produciendo de forma inminente gravísimas e irreparables repercusiones sociales y económicas no sólo a la empresa, sino a sus trabajadores y familias.

La accionante invoca el derecho a la resistencia previsto en el artículo 98 de la Constitución, por tratarse de una acción de poder público que vulnera derechos fundamentales.

Frente a la acción presentada, el Juez consultante, mediante resolución dictada el 21 de agosto de 2012, concedió de forma parcial la acción de medidas cautelares y dispuso que el Servicio de Rentas Internas (SRI) no ejecute la acción de cobro de la glosa determinada por el año fiscal 2005, hasta tanto que la Corte Constitucional se pronuncie sobre el recurso extraordinario de protección presentado por la accionante.

Dentro de la parte resolutive el Juez manifestó que, se encuentra impedido de pronunciarse en virtud de lo previsto en el artículo 42 numeral 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, razón por la cual presenta la consulta que sirve de base para la presenta causa.

Posteriormente, dando trámite al pedido de revocatoria de las medidas cautelares solicitadas, resolvió desechar la misma, entre otras razones, debido a que el proceso se había a consulta ante la Corte Constitucional.

Tras la revisión del proceso de medida cautelar sustanciado ante el Juez consultante, la Corte consideró que se resolvió la causa con antelación a formular y remitir la consulta de constitucionalidad; es decir, efectuó la consulta dentro de la misma providencia en la que concedió la pretensión formulada por el accionante.

Dicha circunstancia desnaturaliza la figura de la consulta de la norma.

A más de esto, la Corte indica que el artículo 87 de la Constitución de la República determina: “Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o in-

dependientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”, razón por la cual el objeto de las medidas cautelares es proteger los derechos constitucionales y humanos ante las amenazas o violaciones.

Las medidas cautelares pueden ser activadas cuando ocurren tanto amenazas como vulneraciones o violaciones de los derechos constitucionales, sin embargo, los efectos en uno u otro caso, son distintos.

En el primer supuesto, es decir, en caso que concurren las amenazas, evitando que sucedan los hechos que se consideran atentatorios a derechos; en tanto que, en el segundo supuesto, es decir, en el caso de vulneraciones o violaciones a derechos constitucionales, el objeto es cesar dicha transgresión.

La Corte Constitucional finalmente, niega la consulta y a su vez genera las siguientes reglas para la concesión de medidas cautelares independientes:

- i. Peligro en la demora; y,
- ii. Verosimilitud fundada de la pretensión.

En lo que respecta al peligro en la demora, este presupuesto resulta relevante por cuanto la generalidad de los procesos conlleva un tiempo considerable que no puede ser tolerado bajo ningún supuesto.

La verosimilitud fundada de la pretensión, conocido en doctrina como el *Fumus Boni Iuris* o apariencia de buen derecho, es otro de los presupuestos propios de una acción de medida cautelar.

Características de las medidas cautelares

La característica de las garantías jurisdiccionales de los derechos de contar con un procedimiento sencillo, rápido y eficaz³⁸, se acentúa mucho más dentro de la sustanciación de las medidas cautelares, precisamente por el rol de protección preventivo.

Por su naturaleza propia de evitar o cesar la amenaza o vulneración de derechos constitucionales, pueden proponerse conjunta o independientemente de las acciones constitucionales³⁹, es decir, existen dos posibilidades para activar las medidas cautelares: la primera, en conjunto con acciones constitucionales destinadas a la protección de derechos, cuando tenga por objeto detener la violación del derecho⁴⁰, sin que aquello implique un prejuzgamiento; la segunda,

38 Art. 86 num 2 literal (a), de la Constitución de la República del Ecuador.

39 Art. 87 de la Constitución de la República del Ecuador.

40 Art.32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

de manera autónoma, es decir, como un proceso independiente de cualquier otro procedimiento constitucional, tendiente a la protección de derechos, con el fin de cesar la amenaza y evitar por tanto la vulneración a los derechos constitucionales.

Las Juezas y Jueces Constitucionales, para conceder las medidas cautelares, autónomas o en conjunto, verificarán que la invocación de la amenaza o violación del derecho, según sea el caso, aparezca verosímil; la medida otorgada deberá ser proporcional a la amenaza o violación que se pretende tutelar, sin que dicho pronunciamiento se constituya en un prejuzgamiento sobre la garantía propuesta en su conjunto.

Revocabilidad de las medidas cautelares

Al no constituir el proceso de medidas cautelares autónomas una acción que resuelva el fondo de la controversia constitucional, que no constituye un prejuzgamiento, peor aún cosa juzgada, carente de valor probatorio en el caso de existir una garantía jurisdiccional por violación de derechos, son revocables por causas sobrevinientes que merecen ser justificadas por quien solicita la revocatoria de ellas y razonadas por el juzgador que las adopta.

En consecuencia, la forma para analizar un pedido de revocatoria de medidas cautelares autónomas es, por una parte, que se cumpla con esas medidas por parte de la persona accionada y que se informe al Juez sobre su cumplimiento.

Hecho esto, conforme el Art. 35 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el demandado deberá demostrar que se evitó o interrumpió la violación de derechos, o que el pedido no tenía fundamento. Luego de ello, la Jueza o Juez constitucional debe dictar el correspondiente auto por el que confirma o revoca, motivadamente, las medidas cautelares, el cual es susceptible de ser apelado, conforme con lo establecido en la Ley⁴¹ (PULIDO, 2003).

Cabe recalcar, que las medidas cautelares tienen el carácter de provisionales en casos de amenazas, el objeto de las medidas será prevenir la ocurrencia de hechos que se consideren atentatorios a derechos reconocidos en la Constitución.

Por lo expuesto la Corte Constitucional establece, que para la concesión de las medidas cautelares, autónomas o en conjunto, la Jueza o Juez constitucional requerirá la verificación previa de los presupuestos previstos en el artículo 27, en

41 Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, sentencia N 001-10-JPO-CC.

concordancia con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dicha verificación deberá ser razonable y justificada, la que se expondrá en la resolución que las concede.

Las medidas cautelares no son permanentes en el tiempo, deben tener un plazo determinado y pueden ser apelables en cualquier momento.

La revocatoria de la medida cautelar, procederá sólo cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos, hayan cesado los requisitos previstos en esta Ley o se demuestre que no tenían fundamento.

Cuando sea considerado por el juzgador que no proceda la revocatoria, por medio de auto deberá establecer las razones. La apelación puede ser en el término de tres días.

La medida cautelar revocada

Si es negada la revocatoria, se puede apelar, sin embargo, la Corte Constitucional Ecuatoriana, en sus fallos ya consideró la posibilidad de la apelación de la medida cautelar en todo momento independientemente de su revocatoria o negativa.

De igual forma, la Corte Constitucional incluso, por medio del fallo signado con No. 61-12-IS/19 dentro del caso 61-12-IS, indicó que la ejecución de una medida cautelar o de decisiones provenientes de procesos de medidas cautelares autónomas no pueden ser objeto de una acción de incumplimiento.

10.2. Acción de hábeas corpus

Concepto

El Hábeas Corpus es una garantía jurisdiccional que protege en esencia la libertad y la integridad física de las personas privadas de la libertad o en restricción de la misma.

Hasta antes de 2008 estuvo bajo el conocimiento de las autoridades de régimen seccional, como Alcaldes. En otras palabras, la parte política resolvía lo jurisdiccional.

En la actualidad, esto se encuentra superado, pues el conocimiento de estas acciones tutelares le corresponde a los Jueces de primer y segundo nivel en función de las reglas propias de la competencia.

Características y Modalidades

Encontramos dividida esta acción en dos partes:

Hábeas corpus correctivo o reparador

Es presentado cuando el legitimado activo está privado de su libertad, es decir, la orden respectiva ha sido ejecutada.

El hábeas corpus correctivo o reparador, puede ser presentado durante o después de un proceso penal, es decir, que puede ser activado durante el proceso penal (*sin sentencia ejecutoriada*) y después del mismo (*ya con sentencia ejecutoriada, es decir, en la fase de ejecución penal*).

Este tipo de hábeas corpus a su vez puede ser accionado fuera de un proceso penal, por ejemplo, dentro de los denominados “*apremios personales por alimentos*”.

Hábeas corpus preventivo

La existencia de un hábeas corpus preventivo, está plenamente reconocida en el Ecuador. La propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, reconoce la posibilidad de activar un hábeas corpus cuando una persona está restringida de su libertad.

Esta limitación a la libertad se determina en el momento en que una persona tiene en su contra una orden de detención o de prisión preventiva pero esta aun no es ejecutada, es decir, el legitimado activo aun no está detenido.

El hábeas corpus preventivo puede ser accionado en procesos penales, cuando exista esta restricción a la libertad, sin embargo, en procesos penales esta modalidad tiene una limitante, esto es la existencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada.

En este caso, la condena representa la consecuencia final de un proceso penal que ya no goza de fase de impugnación alguna en la justicia ordinaria y frente a ello, la inconformidad existente en su aplicación o inaplicación representa un sistema infra constitucional no revisable a través de un sistema tutelar.

De igual forma, no es factible ampliar el concepto de restricción de la libertad, en otros casos adicionales a la emisión de una orden de prisión o detención, es decir, que la restricción a la libertad como presupuesto para la presentación de un hábeas corpus preventivo debe ser exclusivo sobre estos presupuestos.

Siendo así, no es factible confundir las posibles violaciones al derecho a la libertad, con las posibles violaciones al derecho al libre tránsito o movilidad, pues si se afecta este derecho (*libre tránsito*), el hábeas corpus preventivo no es la garantía jurisdiccional adecuada.

Siendo así, no es factible la presentación de hábeas corpus preventivo –*por ejemplo*- sobre una posible prohibición de salida del país. En este caso, existen

otros mecanismos en las propias garantías jurisdiccionales que pueden ser activados, como lo es la propia acción de protección, claro está, siempre y cuando esta prohibición de salida del país no fuese ordenada por un Juez.

Competencia

En el hábeas corpus existen reglas propias para la competencia. Si bien es cierto, es factible aplicar normas comunes en lo que fuere pertinente, no es menos cierto, que en cuanto a la competencia existen reglas puntuales.

El Juez competente para conocer estas acciones, será el Juez del lugar donde se encuentra detenido el legitimado activo. Esta regla procesalmente se dicta para facilitar el desarrollo de la audiencia respectiva, pues es un requisito indispensable que el accionante sea trasladado ante el Juez respectivo.

Ahora bien, la competencia del Juez varía en función de los grados y según el proceso respectivo.

Si el hábeas corpus se presenta sobre un proceso penal que aún no cuenta con una sentencia ejecutoriada, la Sala de la Corte Provincial de Justicia será competente para conocer la acción.

Si el hábeas corpus se presenta sobre un proceso penal que ya cuenta con una sentencia ejecutoriada, el Juez de primer nivel será competente para conocer la acción. El fundamento de este particular, deviene de la aplicación de la sentencia No. 002-18-PJO-CC, de 20 de junio de 2018, emitida dentro de la acción de Hábeas Corpus No. 09133-2015-00064, dentro de la cual, se definen las competencias de las Cortes Provinciales para conocer los recursos de hábeas corpus conforme lo establecido en el Art. 44 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Por su parte, si el hábeas corpus se presenta fuera de un proceso penal, el Juez competente será el de primer nivel.

Cabe indicar, que si el legitimado activo inobserva estas reglas, se deberá inadmitir la acción en primera providencia; claro está que ello no impide su presentación inmediata ante el Juez competente con posterioridad.

Análisis de la sentencia No. 239-15-SEP-CC. Caso No. 0782-13-EP.

Competencia especial en el Hábeas Corpus

La presente sentencia nace de una acción extraordinaria de protección presentada el 25 de abril de 2013, en contra del auto de inadmisión de 11 de abril de 2013, dictado por la Sala de la Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la acción de Hábeas Corpus.

Todo empieza cuando el Presidente de la Corte Nacional de Justicia dio inicio al trámite de extradición el 22 de mayo de 2012, en contra de un ciudadano español, acogiendo la solicitud realizada por España.

El accionante presentó la acción de Hábeas Corpus el 8 de abril de 2013 ante la Corte Nacional de Justicia, correspondiéndole la sustanciación a la Sala Especializa de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, la cual mediante auto de 11 de abril de 2013, inadmitió la acción de hábeas corpus, al establecer que no tenía competencia en razón de los grados para actuar, y es de este auto que el accionante presentó el 25 de abril de 2013 la acción extraordinaria de protección.

El accionante en su demanda detalla, que el 22 de mayo de 2012, se dio inicio al trámite de extradición en su contra, en el que se dispuso su prisión preventiva, y que por tal motivo se encontraba detenido desde mayo de 2012, no teniendo en su contra una orden de prisión preventiva emitida por autoridad competente, pesando únicamente en su contra la orden de extradición por supuesto delito de estafa perpetrado en las Islas Canarias en España.

Alega haber presentado varios escritos dirigidos al Presidente de la Corte Nacional de Justicia, solicitando que por su edad de 65 años, se le conceda fianza, arresto domiciliario o se le sustituya la medida cautelar de carácter personal que pesa en su contra, solicitudes que han sido negadas por parte del Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

Manifiesta además, que la estafa es un delito sancionado con prisión, y que de acuerdo con el régimen constitucional, al no existir sentencia condenatoria, la prisión preventiva caduca en el plazo de seis meses, plazo que ha sido vencido en exceso, y que se deberá tomar en cuenta que su salud se encuentra gravemente deteriorada como efecto de su injusta detención.

Por otra parte, invoca el Art. 8 de la Ley de Extradición, señalando que este dispone que el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en cualquier momento podrá, ordenar la libertad del detenido, adoptando otra medida para evitar su fuga, situación que indica no ha sido tomada en cuenta en su caso, por lo cual, considera que su detención se convirtió en ilegal, arbitraria y atentatoria contra su integridad física, psicológica y moral.

Expresa además que ha presentado peticiones de hábeas corpus, tanto a los jueces de la Corte Provincial, como de la Corte Nacional, habiéndose inadmitido en el primer caso, y en el segundo se dispuso que remita a la Corte Nacional para que se conozca su petición, situación que lo ha dejado en estado de indefensión, al ser la extradición un trámite administrativo en el que jamás debió haberse ordenado prisión preventiva.

Ahora, de la contestación de la parte accionada se desprende que la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, el 5 de junio de 2015, en su informe establecen que la demanda del accionante se encuentra alejada a la realidad procesal, pues lo que han hecho es pronunciarse sobre su competencia para conocer y resolver la demanda planteada, inadmitiéndola según lo establecido en el tercer inciso del art. 7 de la LOGJCC, que en razón de los grados se encuentran impedidos de entrar a conocer y resolver como Juezas y Jueces de primera instancia, mas no privándolo de acudir ante el Juez competente a ejercer las acciones establecidas en la Constitución y en la Ley.

Además, señala que la relación y secuencia de los hechos narrados por el accionante no se ajusta a la realidad de lo sucedido, posterior al auto de inadmisión, el accionante presentó, al Juez competente, otras acciones constitucionales de hábeas corpus, esgrimiendo los mismos argumentos de hecho y derecho.

Así mismo, señalan, que si bien la Constitución garantiza el acceso a la justicia en forma gratuita, imparcial y expedita, para gozar y hacer efectiva la tutela de los derechos, no puede el afectado acudir ante un Juez o Tribunal discrecionalmente escogido de acuerdo a su conveniencia o comodidad, sino que ante el competente.

La Corte analiza el siguiente problema jurídico: ¿Se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, determinado en el art. 75 de la Constitución de la República?

La Corte Constitucional analiza que en el expediente consta que la detención fue ordenada como medida preventiva por parte del Presidente de la Corte Nacional de Justicia dentro de un proceso de extradición, de conformidad con el procedimiento establecido en el art. 8 de la Ley de Extradición.

En este caso, al haber privación de libertad, existe la posibilidad de que se presente una acción constitucional de Hábeas Corpus como ocurrió.

Respecto a la extradición, es importante señalar que el Ecuador ratificó la Convención Interamericana sobre Extradición, en la que se establece a modo general los casos de concesión y denegación de la extradición, regula su procedimiento, así como en los casos de extradición activa.

Por tratarse de un proceso de extradición, de acuerdo al procedimiento establecido en la normativa vigente al momento de presentarse una acción constitucional de hábeas corpus, esta acción debería ser conocida por los Jueces del lugar en donde se encuentre privado de su libertad el accionante, y en apelación a la Corte Provincial de Justicia, lo cual no parece lógico ni apropiado, pues deja de lado el principio de jerarquía de la Administración Pública, al someter a

revisión de un Juez de primera instancia la decisión tomada por una autoridad jerárquicamente superior como es el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, lo que rompe en estricto sentido con el elemento de la prevalencia del órgano superior sobre los inferiores.

En nuestro país, en cuanto a la estructura de la Función Judicial, claramente podemos observar que la Corte Nacional de Justicia se encuentra en el escaño más alto de esta organización, es decir, constituye el máximo órgano de justicia ordinaria y, por ende, sus decisiones priman sobre los órganos inferiores, tanto es así, que el Presidente de la Corte Nacional de Justicia representa a la Función Judicial, que lo ubica en el nivel más alto de dicha función del Estado, son jerárquicamente superiores a las decisiones de aquellos Jueces que se encuentran en los niveles inferiores, tal es el caso de los jueces de las cortes provinciales y jueces de primera instancia.

Por ello, la Corte consideró, que en garantía del principio de jerarquía, cuando el Presidente de la Corte Nacional de Justicia haya dictado una orden de detención dentro de un proceso de extradición y se presente una acción constitucional de hábeas corpus, ésta deberá ser conocida por una de las salas de la Corte Nacional de Justicia y podrá ser apelada ante otra sala distinta a la que originalmente conoció la acción.

Es así que conforme a la facultad consagrada en el artículo 436, numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional, emite la siguiente regla jurisprudencial: La Corte Nacional de Justicia es competente para conocer las acciones de hábeas corpus en casos de fuero, así como en los casos de hábeas corpus propuestos en contra de procesos de extradición en los que exista orden de detención del sujeto reclamado.

Criterios sobre legalidad, legitimidad y arbitrariedad de la prisión o detención

Para concluir podríamos afirmar, que la institución del Hábeas Corpus efectivamente es una garantía ciudadana que impide que se giren órdenes de prisión ilegales, ilegítimas y arbitrarias.

Con relación a estos conceptos, podemos indicar que la prisión preventiva es ilegal, en el momento en que ésta se dicta fuera de los parámetros permitidos por la Ley o inobservando expresas disposiciones legales.

La inobservancia a estos preceptos legales hace que la orden de prisión preventiva o la orden de detención en su defecto desde un inicio pueda ser tildada de ilegal.

Por su parte, la prisión preventiva puede ser ilegítima, en el momento en que la dicta un Juez que no es competente para actuar, sin embargo, para que se considere esa falta de legitimidad en la orden, la incompetencia debe ser insubsanable procesalmente. En el caso ecuatoriano, solo la incompetencia en relación a la materia es una causal de nulidad insubsanable.

Esto se evidencia en el Art. 129, numeral 9, del Código Orgánico de la Función Judicial, que indica: “En cualquier estado de la causa, las Juezas y Jueces que adviertan ser incompetentes para conocer de la misma en razón del fuero personal, territorio o los grados, deberán inhibirse de su conocimiento, sin declarar nulo el proceso y dispondrán que pase el mismo al Tribunal o Jueza o Juez competente a fin de que, a partir del punto en que se produjo la inhibición, continúe sustanciando o lo resuelva. Si la incompetencia es en razón de la materia, declarará la nulidad y mandará que se remita el proceso al tribunal o Jueza o Juez competente para que dé inicio al juzgamiento, pero el tiempo transcurrido entre la citación con la demanda y la declaratoria de nulidad no se computarán dentro de los plazos o términos de caducidad o prescripción del derecho o la acción (...)”.

Esto quiere decir que la medida privativa de libertad deviene en ilegítima, cuando la falta de competencia del juzgador es con relación a la materia.

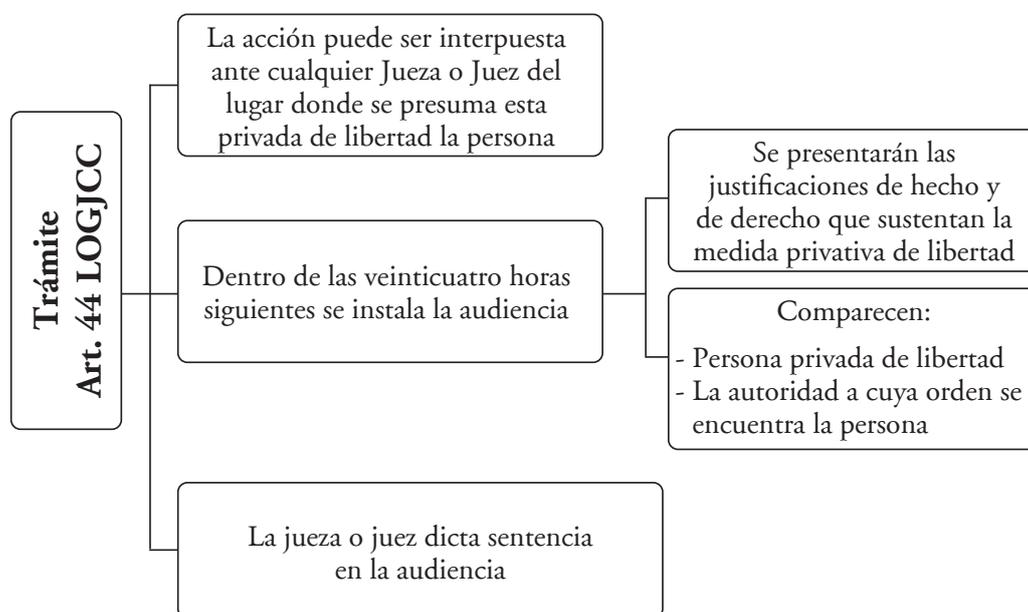
No es factible calificar como ilegítimo, un auto de prisión preventiva, ordenado dentro de una audiencia de formulación de cargos, cuando el Juez que la dictó, lo hizo resolviendo la situación jurídica de una persona que estaba detenida por una decisión judicial, por ejemplo, una detención con fines de investigación.

Por su parte, la prisión preventiva, es arbitraria, cuando conociendo el Juzgador, que los fundamentos que sirvieron para dictarla han desaparecido, éste decide mantenerla. Por ejemplo, cuando la prisión preventiva ha caducado.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece, además, causales que pueden presumir la arbitrariedad de la medida, así se indica en el Art. 45 de la citada norma al indicar: “En caso de privación ilegítima o arbitraria, la jueza o juez declarará la violación del derecho, dispondrá la inmediata libertad y la reparación integral. La privación arbitraria o ilegítima se presumirá en los siguientes casos: a) Cuando la persona no fuere presentada a la audiencia. b) Cuando no se exhiba la orden de privación de libertad. c) Cuando la orden de privación de libertad no cumpla los requisitos legales o constitucionales. d) Cuando se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la privación de libertad. e) En los casos en que la privación de la libertad es llevada a cabo por particulares, cuando no se justifique la privación de libertad (...)”.

Procedimiento

1. Todo se resolverá en audiencia y por ley, debe darse en 24 horas desde que se calificó la demanda.
2. La persona detenida debe estar a la vista de los Jueces, caso contrario la acción puede concederse inmediatamente.
3. El legitimado pasivo en la acción de Hábeas Corpus será el Juez que dictó la medida y el legitimado activo será la persona detenida respectivamente.
4. La audiencia estará sujeta a las normas comunes. La sentencia será dictada en audiencia y en caso de concederse el hábeas corpus la persona detenida recupera su libertad de forma inmediata, si no se la otorga, seguirá privado de su libertad.
5. En caso de existir apelación a la sentencia dictada dentro de un proceso penal se elevará a la Corte Nacional de Justicia y, por otro lado, si es en materia no penal, se la elevará a la Corte Provincial de Justicia.



Cabe indicar, que en la actualidad, la acción de hábeas corpus acorde a la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, tiene un efecto especial de protección sobre la integridad física de las personas privadas de la libertad, de tal suerte que la Corte Constitucional emitió fallos donde permite la aplicación de acciones de hábeas corpus cuando se protege a las personas que se encuentran en situación de doble vulnerabilidad.

Siendo así, la Corte Constitucional ecuatoriana indicó, que por ejemplo, en la sentencia No. 247-17 SEP- CC. Caso No. 0012-12-EP, donde se faculta

a la presentación de estas acciones cuando haya privación de la libertad de las mujeres en estado de gestación.

De igual forma, tenemos la sentencia dictada dentro del caso No. 209-15-JH y 359-18-JH (acumulado), donde se resolvió sobre el derecho que tienen las personas privadas de la libertad a acceder a servicios de salud que incluyen, entre otros, atención médica, tratamientos y medicamentos apropiados y de calidad, sea directamente a través de los centros de privación de libertad que integran el sistema de rehabilitación social a nivel nacional, sin exclusión alguna, ni razón de su tipología; a través de políticas y programas con el apoyo del Sistema de Salud Pública que permitan acceder a dichos tratamientos fuera del centro de privación de la libertad, cuando por el tipo de afectaciones a la salud la persona privada de libertad requiera de un tratamiento especializado, permanente y continuo; y excepcionalmente a través de la disposición de medidas alternativas a la privación de libertad.

Se determina entonces, que la acción de hábeas corpus puede ser activada para corregir situaciones lesivas al derecho a la salud de la persona privada de libertad y disponer la atención médica inmediata.

Análisis de sentencia No. 247-17 SEP- CC. Caso No. 0012-12-EP. Hábeas Corpus para mujeres en estado de gestación

Esta sentencia nace como consecuencia de la presentación de una acción extraordinaria de protección, frente una sentencia ejecutoriada y dictada dentro de una acción de hábeas corpus.

El fundamento del hábeas corpus fue que la legitimada activa se encontraba en estado de gestación. Los Jueces que dictaron sentencia en esta acción de hábeas corpus, la niegan, sosteniendo que en el respectivo informe obstétrico se detallaba que la implicada se encontraba aproximadamente en la semana 26 de gestación y la sentencia dictada fue el 2 de diciembre de 2010, fecha en la cual la accionante no se encontraba en estado de gestación.

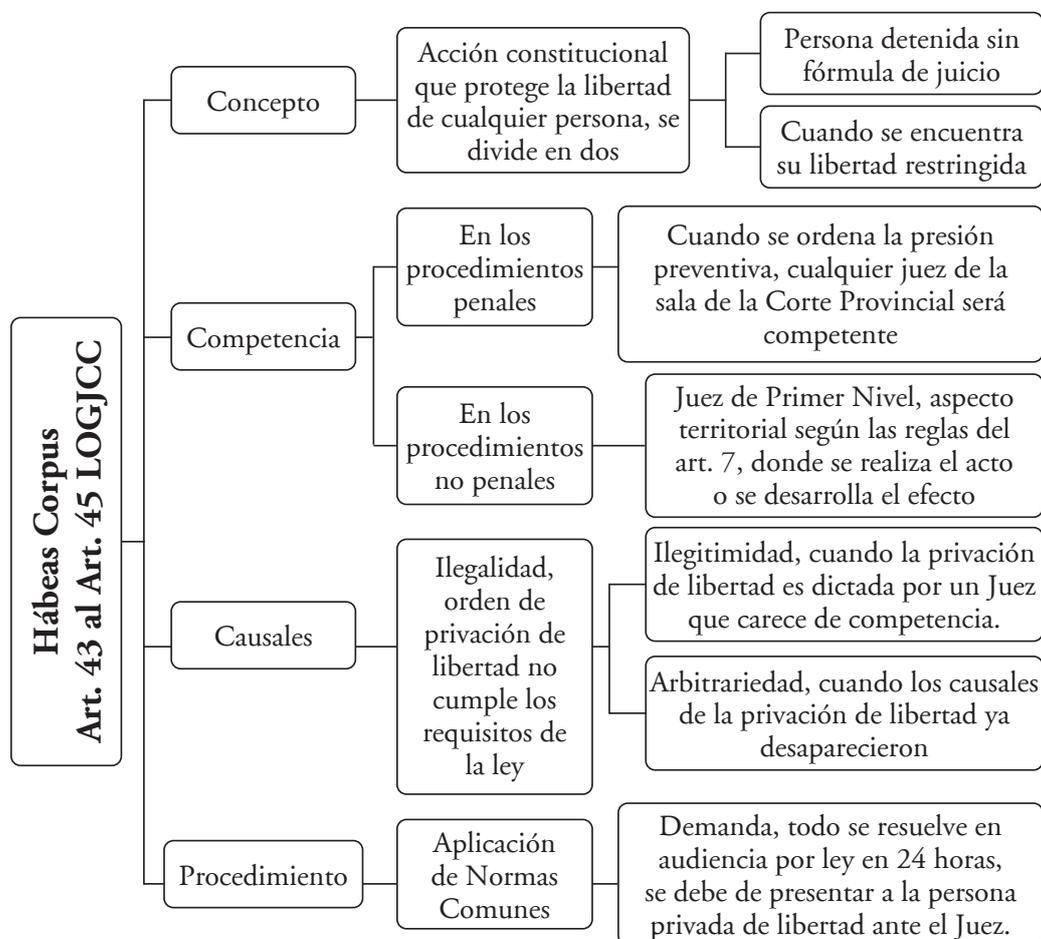
La accionante sostenía, que se encontraba detenida de manera ilegítima ya que su estado de embarazo la situaba en un marco vulnerable tanto a ello como al niño o niña que estaba por nacer, poniendo en eminente peligro la vida de ambos.

La Corte Constitucional procedió a la revisión y análisis del proceso en el que concluyó que efectivamente se vulneró los derechos requeridos por la parte accionante, así como dejar sin efecto las sentencias expedidas.

Finalmente, la Corte Constitucional fija como regla jurisprudencial, que cuando se trate de mujeres en estado de gestación, se debe conceder el Hábeas

Corpus, tomando en consideración la afectación a la integridad física de la persona.

Para concluir, gráficamente definimos algunas líneas generales sobre el hábeas corpus:



10.3. Acción de hábeas data

La acción de Hábeas Data no es nueva, existía incluso desde la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho en 1998.

Definición

La acción de habeas data es una garantía jurisdiccional diseñada para precautelar los derechos relativos a la información personal. Su amplio rango de acción le permite no solamente requerir información personal del solicitante sino que a su vez permite la rectificación de todo tipo de información, siempre y cuando su titular sea el afectado directo.

OSCAR R. PUCCINELI, en la obra “La ciencia del Derecho Procesal Constitucional” cita a PÉREZ LUÑO, el cual define a esta acción como “libertad in-

formática”, por cuanto alude a un nuevo Derecho Fundamental, propio de la tercera generación, que tiene por finalidad “garantizar la facultad de las personas de conocer y acceder a las informaciones que les conciernen, archivadas en banco de datos; controlar su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su transmisión”⁴² (MAC GREGOR y BERIZONCE, 2009).

Por otro lado, LUCAS MURILLO refiere de esto como “el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo, la propia identidad, muestra dignidad y libertad”⁴³ (MAC GREGOR, E. F., 2013).

Finalidad

La finalidad de esta acción jurisdiccional es la de precautelar el derecho de todo ciudadano a acceder a su propia información ya sea pública o privada, sin embargo, tiene una característica puntual, y es que va a proteger siempre la información personal y directa del propio accionante, pero no la de los demás, por tanto, si se requiere información para terceros la acción no es procedente.

Objeto

Bajo la concepción de NAHIM E. EMÉN KALIL, el objeto del Hábeas Data es proteger a la persona humana en su intimidad y en su integridad y dignidad, procurando, en definitiva, que la información que sobre ella arrojen los ordenadores sea cierta y no incluya aquello que, por diversas consideraciones no debe pasar al conocimiento público (EMÉN KALIL, 1997).

Es por esto que se entiende, como tal, a la producción, almacenamiento y transferencia de información personal que pueden realizar instituciones públicas y privadas, empresas y personas en general, en base a los avances tecnológicos que hoy existen y a la información que estos poseen o almacenan.

La información contenida en estos tipos de sistemas informáticos puede ser incorrecta o desactualizada, abarcar situaciones pasadas ya superadas, así como también ser de carácter sensible, esto es, referirse a las convicciones políticas o religiosas de la persona, a su comportamiento sexual, a su estado de salud, etc.

42 PÉREZ LUÑO, A.E., *Op. cit.*, nota 9, p. 12.

43 MURILLO DE LA CUEVA, P.L., *Informática y protección de datos personales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 33, cit. por ARMAGNAGUE, J. F., *Protección del administrado*, Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina. 1996, pp. 173 y 174.

Se la presentará ante un Juez de primer nivel, la conocerá y se aplicarán las normas comunes de garantías jurisdiccionales. En cuanto a la legitimación, la tendrá el titular del derecho y quien lo ha vulnerado.

Siendo así:

- Legitimado Activo: Titular del derecho vulnerado. No existe en estos casos legitimación activa abierta.
- Legitimado Pasivo: Estado o particulares.

La acción de Hábeas Data permite legitimar de forma pasiva a los particulares, sin las restricciones de la acción de protección.

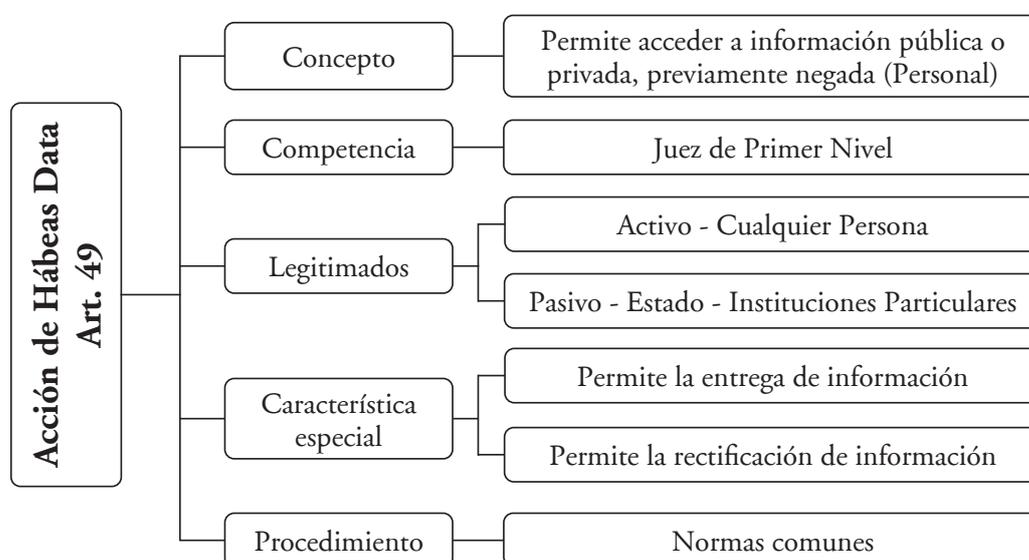
Ahora bien, conociendo lo mencionado anteriormente, nos preguntamos ¿Qué se puede realizar por medio de esta acción?

Por su propia naturaleza hay un requisito que prescribe la Ley y es que, tácitamente debe existir una denegación de la información.

Mediante esta acción se puede obtener tres cosas fundamentales:

- Exigir la entrega de información para plantear otro proceso.
- La rectificación de información personal, siempre y cuando exista la vulneración de un derecho.
- No se puede pedir la eliminación de la información cuando atenta contra otros derechos.

Con respecto a las personas jurídicas, la Corte Constitucional mediante una sentencia vinculante estableció, que estas tendrán su propia información por medio del hábeas data, ya que se entregará información que le corresponde al accionante, no de otros socios o personas.



**Análisis de la sentencia No. 182-15-SEP-Caso No. 1493-10-EP.
Sobre la naturaleza, contenido y alcance de la acción de Hábeas
Data**

Los presupuestos fácticos inician el 10 de febrero de 2010 en los oficios Nro. 030-DPUR-EDT, 032-DPUR-EDT y 035-DPUR-EDT, en donde se encuentran las peticiones que hace un ex funcionario del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Mocache, a la Alcaldía y a la Dirección de Recursos Humanos de un Municipio del país, solicitando que se le extiendan copias certificadas del Presupuesto General Municipal de 2010, del Distributivo de Sueldos del mismo año y las actas de sesiones del Concejo Municipal en donde se aprobaron los instrumentos públicos previamente expresos cuyo contenido era la exclusión del señor actor como funcionario de dicha institución.

Tras presentar aquella solicitud y luego de haber transcurrido dos días, siendo el 12 de febrero de 2010 sin tener respuesta favorable a su petición, se inicia una acción de Hábeas Data en contra del Alcalde y Procurador Síndico.

El 18 de marzo de 2010, mediante sentencia, se acepta la demanda planteada y ordena que se le entreguen a la parte accionante todos aquellos documentos que fueron solicitados con anterioridad mediante los oficios 030-DPUR-EDT, 032-DPUR-EDT y 035-DPUR-EDT.

El 22 de marzo de 2010 a las 14h 15min, el Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Municipal del Cantón Mocache deciden interponer un recurso de apelación ante aquella sentencia.

Por tales motivos, se impugna la decisión judicial en su parte resolutive en donde se expresa que el Hábeas Data es una garantía constitucional creada para proteger el derecho humano de mantener el control de los datos que existen sobre su persona o bienes, pero al no haberse dado la oportunidad o celeridad para atender tales requerimientos que van en perjuicio del derecho a la información. Pese a ello, la sentencia fue confirmada por la Corte Provincial y frente a ello, se decide presentar una acción extraordinaria de protección.

Se alegó la violación al derecho a la seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, al haber confirmado el fallo que daba lugar a la acción de hábeas data.

Para dictar la sentencia, la Corte Constitucional mediante un análisis de fondo, llegó a la conclusión de que el derecho a la seguridad jurídica es esa confianza que se le brinda a las personas con respecto al cumplimiento de una orden por parte de las distintas autoridades públicas, mediante el estricto apego que debe tener su actuar con las normas previamente determinadas, aprobadas

de manera legítima y públicas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sujetándose a las atribuciones que le competen a cada uno de los órganos.

Finalmente, la Corte Constitucional, expide una regla jurisprudencial en el siguiente sentido:

Se realiza una interpretación al Art. 50 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, partiendo desde la importancia que tiene la Constitución como condición de unidad y validez de los ordenamientos jurídicos, además de la vocación que tiene en la garantía de los derechos de las personas, otorgándole a la Justicia Constitucional la potestad para efectivizar el cumplimiento de los derechos y garantizar la Supremacía de la Constitución de la República del Ecuador.

En su interpretación se recaba, que al no existir ninguna disposición referente al plazo en que la entidad accionada deberá responder, se podría dar lugar a un abuso en la utilización de esta garantía.

Las personas o entidades que tienen a su cargo información personal, deberán responder a las solicitudes con sujeción a los principios de inmediación, celeridad y motivación, de esta forma, cumplirían con lo establecido en la Constitución y la Ley.

Siendo que, para el ejercicio óptimo del derecho constitucional establecido en el artículo 66, numeral 19, las respuestas a las solicitudes deberán realizarse en un plazo razonable, este plazo deberá establecerse de acuerdo a la cantidad de información requerida al tipo de pedido que se realice y en atención a la propia conducta de la persona natural o jurídica, privada o pública que posea la administración de los datos que sean requeridos.

La calificación de la razonabilidad de este plazo deberá ser realizada por el Juez competente en la acción de hábeas data al momento en que califique aquella garantía jurisdiccional.

Análisis de la sentencia No. 001-14-PJO-CC. Caso No. 0067-11-JD. Sobre el alcance de la acción y legitimación activa de las personas jurídicas

El 13 de diciembre de 2011 a las 12h 40min, la Sala de Selección de la Corte Constitucional, mediante auto de selección, procedió a seleccionar el caso No. 0067-11-JD, con sentencia emitida por la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, fijando los parámetros que justificaron la selección de la presente causa.

El antecedente es el siguiente: El 30 de junio de 2011, se presentó una acción de Hábeas Data donde se indica que el 04 de abril de 2011 se realizaron las respectivas elecciones para el cambio de directiva de una compañía, sin considerar que la Directiva saliente tenía que cumplir sus labores hasta el 12 de mayo de 2011.

La accionante indicó que el 05 de abril asistió a una reunión con el gerente general saliente, quien había indicado la entrega de una suma de dinero, atribuido a la gestión financiera de la compañía. Lo mismo fue efectuado por la secretaria de la empresa.

La accionante expresa su disconformidad con las actuaciones realizadas por la directiva saliente, conformada por los demandados, quienes, a su criterio, debieron entregar un informe respecto a todo lo realizado en su período (esto incluye el balance de inventarios y la cuenta de ganancias y pérdidas, así como los libros de la compañía).

Vulneraciones alegadas

- a) El derecho a buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información de interés general, previsto en el artículo 18 numeral 1 de la Constitución de la República.
- b) El derecho a acceder a la información generada en entidades públicas o privadas que manejen fondos públicos, regulado en el artículo 18 numeral 2 *ibidem*.
- c) El derecho a dirigir quejas o peticiones a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas, recogido en el artículo 66 numeral 23 de la Norma Suprema.
- d) El derecho a conocer la existencia y acceder a documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes sobre la compañía o sobre sus bienes, protegido por medio de la acción de hábeas data, conforme a lo dispuesto en el artículo 92 de la Norma Constitucional.

En base a las vulneraciones alegadas, la accionante solicita que se entregue todos los documentos de la compañía emitidos en el período ejercido por la directiva saliente (esto incluye: la memoria razonada acerca de la situación de la compañía, acompañado del balance de inventario detallado y preciso de las existencias, así como de la cuenta de pérdidas y ganancias de su periodo de gestión).

La acción de hábeas data en primera instancia resolvió declararla sin lugar y luego de la apelación respectiva, la sentencia fue confirmada.

La Corte Constitucional, luego de un análisis de las fuentes que informarán a esta sentencia, determina la inexistencia de un precedente jurisprudencial vinculante relacionado con el caso objeto de análisis y se plantea los siguientes problemas jurídicos para expedir reglas jurisprudenciales sobre este tema.

La Corte entonces analiza lo siguiente:

¿Puede considerarse a una persona jurídica como titular de los derechos protegidos por medio de la acción de hábeas data?

¿Quién ejerce la legitimación activa para reclamar la tutela de derechos protegidos por medio de la acción de hábeas data de las personas jurídicas?

¿Es la entrega física de documentos originales parte de las finalidades perseguidas por medio de la acción de hábeas data?

La Corte resuelve con relación a la primera problemática en que por las características del derecho a la protección de datos personales, no se considera constitucionalmente adecuada la limitación a la calidad de las personas jurídicas como titulares del mismo; sin embargo, la información personal de dichos sujetos únicamente se extiende a las personas asociadas o sus representantes legales, en tanto a la calidad que ostentan respecto de la persona jurídica, con estricto respeto al derecho de protección de los datos personales y derechos conexos que le son atinentes a su naturaleza.

Sobre la segunda interrogante, la Corte decide que la legitimación activa para la presentación de la acción de hábeas data requerirá que quien lo haga sea el titular del derecho a la protección de datos personales que se alegue vulnerada, o su representante legitimado para el efecto.

Para acreditar la representación de las personas jurídicas, será suficiente la entrega del documento que la Ley de la materia estipule como suficiente para considerar iniciadas sus funciones como representante.

El Juez Constitucional, una vez acreditada la representación, deberá tramitar la acción, sin que medie excepción sobre el cumplimiento de los requisitos de Ley respecto del documento entregado, lo que deberá ser dilucidado por los organismos competentes en sede ordinaria.

Finalmente, la respuesta al tercer planteamiento, se resolvió de la siguiente manera: El hábeas data, como mecanismo de garantía del derecho a la protección de datos personales, no podrá ser invocado como medio para requerir la entrega física del soporte material o electrónico de los documentos, en los que se alegue está contenida la información personal del titular, sino para conocer su existencia, tener acceso a él y ejercer los actos previstos en el artículo 92 de la Constitución de la República; el Juez está obligado a utilizar todos los meca-

nismos que establece la Ley para efectos de garantizar debida y eficazmente los actos constantes en el artículo referido.

10.4. Acción de acceso a la información pública

Definición

MARCELA BASTERRA, estima: “el derecho de acceso a la información pública es una figura relativamente novedosa, con configuraciones parcialmente distintas en los diferentes sistemas jurídicos que la han receptado”⁴⁴ (BASTERRA, 2006).

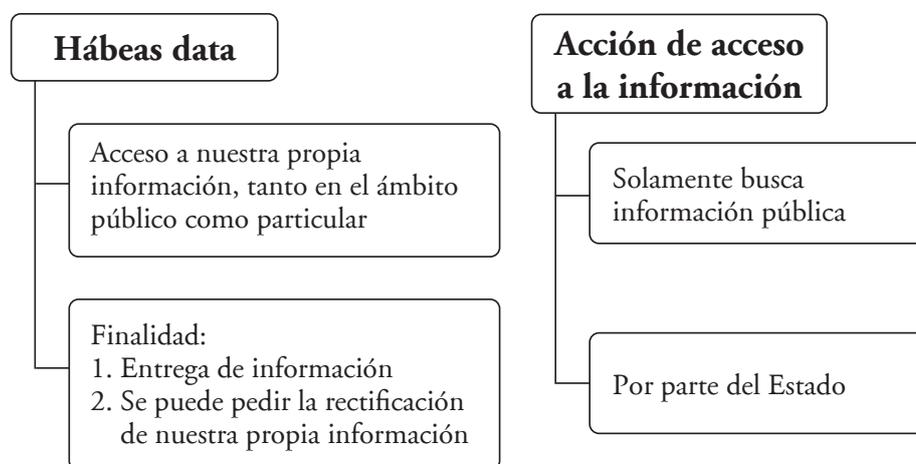
Mediante esta acción podemos conocer cualquier tipo de información de carácter público, en la que el sujeto pasivo propiamente será el Estado y la competencia para conocerla la tendrá el Juez de Primer Nivel.

Protege y precautela que la ciudadanía como tal, tenga derecho a conocer información de carácter público, excepto si afecta derechos.

Es necesario mencionar que este tipo de acción podrá ser negada cuando al momento de solicitarla tenga una cláusula de reserva que nace de la Ley propiamente dicha o afecte a la intimidad.

En esta acción, debe existir una negativa expresa como requisito procedimental, es decir, al acudir a una entidad o al realizar un trámite no se obtuvo una contestación.

Diferencias entre acción de acceso a la información y hábeas data.



44 BASTERRA, M., *El derecho fundamental de acceso a la información pública*. LexisNexis. Buenos Aires, 2006.

En todo proceso resulta indispensable identificar la naturaleza de la información; especialmente cuando se utiliza medios telemáticos.

Las formas de obtener esa información, depende de su naturaleza, esto es, si se trata de información pública o reservada, o si es espontánea o planificada.

Para iniciar este estudio, debemos distinguir la información pública y la información reservada o confidencial.

De igual forma, identificar la normativa aplicable y las diferencias existentes entre la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública y el Código Orgánico Integral Penal.

¿Qué información no es pública?

La información por regla general, estará sujeta al principio de publicidad, sin embargo, existen algunos casos en los cuales la información no será pública, dependiendo de dos factores:

Según su naturaleza

La Ley nos revela aquellos casos en que la información es reservada.

La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, determina que no estará sujeta al principio de publicidad y será confidencial, aquella información derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución del Estado Social y Democrático de Derecho, esto es la Constitución de 1998.

Dicha normativa narra derechos, como por ejemplo, derecho a la vida, integridad personal, igualdad ante la Ley, libertad, comunicación, inviolabilidad de domicilio, libertad de empresa, trabajo, contratación y asociación, derecho a guardar reserva sobre sus convicciones políticas y religiosas, propiedad e identidad.

Toda información que afecte a este tipo de derechos, no podrá circular sin la autorización de su titular, pues de hacerlo, no solamente se estaría infringiendo una norma extrapenal, sino que, dependiendo del tipo de información, podría convertirse en un delito conforme más adelante lo explicaremos.

El antiguo Tribunal Constitucional, en el caso No. 0012-2006-AI3, ratificó este criterio al indicar que, si bien es cierto, la información que se tramita en instituciones públicas es de acceso a la ciudadanía, no es menos cierto, que, según su naturaleza, puede ser reservada.

En el caso que se detalla, se solicitó información al Secretario General del Sindicato de Trabajadores de Obras Públicas de Chimborazo actas de las sesiones del Sindicato en las cuales se aceptaron las renunciaciones presentadas por

terceros. El Tribunal, frente a este hecho de forma acertada, indicó lo siguiente: “Al respecto, cabe analizar que tanto la afiliación como desafiación de las personas a cualquier organización, en ejercicio del derecho de asociación garantizado constitucionalmente, en el artículo 23, número 6, es precisamente un derecho subjetivo, de orden personal, que tiene relación con las convicciones de los individuos que determinan su preferencia de formar parte y separarse de alguna organización, en este caso, de carácter gremial, que solo atañe a su decisión y objetivos personales, por lo que cualquier información al respecto no reviste interés público, atento a lo previsto en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que define a esta información como confidencial”.

De igual forma, el Art. 24 de la Constitución anterior, narraba los derechos a un debido proceso, derechos que, en la actualidad, los encontramos en los artículos 76 y 77 de la actual Constitución.

Extensa normativa indica que la información personalísima será reservada, prueba de ello es lo dispuesto por el Instructivo de Clasificación de la Información Pública y Confidencial del Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria que en su Art. 3, indica que será confidencial toda información personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de los derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en el Art. 66, numeral 19 de la Constitución de la República.

Para concluir, podemos definir, que la información será reservada según su naturaleza, cuando se trate sobre derechos personalísimos y fundamentales.

Según la materia

La reserva de la información según la materia, se la verifica según determinadas circunstancias, siendo la más tradicional la materia penal.

El Art. 589 del Código Orgánico Integral Penal, determina que las etapas del proceso penal, son la instrucción fiscal, la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y el juicio; sin embargo, antes de iniciar formalmente el proceso penal, existe la denominada investigación previa, la misma que según el Art. 584 *ibidem*, se mantendrá en reserva para el público, sin perjuicio de que la víctima y las personas a las cuales se investiga, tengan acceso al expediente cuando lo soliciten.

Adicionalmente, el Art. 472 *ibidem*, señala, que no podrá circular libremente la información que está protegida expresamente con una cláusula de reserva previamente establecida en la Ley, como por ejemplo, las actuaciones generadas en las investigaciones previas.

Además, la información acerca de datos de carácter personal y la que provenga de las comunicaciones personales cuya difusión no haya sido autorizada expresamente por su titular, por la Ley o por la del juzgador, conforme en las próximas unidades pasaremos a explicar.

De igual forma la información originada mediante orden judicial relacionada con las técnicas especiales de investigación y la información acerca de niñas, niños y adolescentes que viole sus derechos según lo establecido en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y la Constitución.

Entonces, si la información que se produce en una investigación previa, por su naturaleza y con relación a la materia, viene a ser reservada: ¿Qué pasa con los videos constitutivos de delitos que son obtenidos mediante el sistema de vigilancia?

Hay que indicar que el rol del sistema de vigilancia, es monitorear la ciudad y registrado un hecho constitutivo como delito, comunicar y derivar esa información de forma inmediata a la Fiscalía General del Estado.

Si el rol de sistema de seguridad es remitirlo a la Fiscalía, al momento de ejercer tal remisión, se marca lo dispuesto por el Art. 584 del Código Orgánico Integral Penal, esto es, la reserva de la información, de tal suerte que sería totalmente alejado de la Ley, que esa información, por ejemplo, circule en los medios de comunicación.

Existen otras disposiciones legales que nos hablan de la reserva de la información, por ejemplo: El Reglamento para el Manejo de la Información Confidencial en el Sistema Nacional de Salud, que indica que el Secreto Médico es la categoría que se asigna a toda información que es revelada por un(a) usuario(a) al profesional de la salud que le brinda la atención de salud. Se configura como un compromiso que adquiere el médico ante él (la) usuario(a) y la sociedad, de guardar silencio sobre toda información que llegue a conocer sobre el (la) usuario(a) en el curso de su actuación profesional.

Se indica igualmente, que los profesionales de los establecimientos de salud cumplirán con el deber del secreto médico, para generar condiciones de confianza en la relación con los(as) usuarios(as) y así garantizar el derecho a la intimidad. El secreto médico es extensible a toda la cadena sanitaria asistencial.

En materia mercantil, existe el Instructivo para el Tratamiento de la Información Restringida de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instructivo que tiene por objeto regular el tratamiento, restricción, custodia y archivo de la información obtenida, recibida o gestionada.

El Art. 6 de dicho instructivo indica que toda la información que ingrese a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado es confidencial o reservada.

El Protocolo de Cartagena, relacionado con la seguridad en Biotecnología, además del Instructivo de Clasificación de Información Pública y Confidencial del Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria también representa información confidencial.

El citado Instructivo indica que no procede el derecho a acceder a la información pública, exclusivamente en los siguientes casos: a) Los documentos calificados de manera motivada como reservados por el Consejo de Seguridad Nacional, por razones de Defensa Nacional: 1) Los planes y órdenes de defensa nacional, militar, movilización, de operaciones especiales y de bases e instalaciones militares ante posibles amenazas contra el Estado; 2) Información en el ámbito de la inteligencia, específicamente los planes, operaciones e informes de inteligencia y contra inteligencia militar, siempre que existiera conmoción nacional; 3) La información sobre la ubicación del material bélico cuando ésta no entrañe peligro para la población; y, 4) Los fondos de uso reservado exclusivamente destinados para fines de la defensa nacional; y, b) Las informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes.

La Contraloría General del Estado, en su Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades Art. 13, determina que los papeles de trabajo y la síntesis de los informes que realiza dicha Institución tienen el carácter de información confidencial; por lo tanto, no constituyen información pública y se concederá copia de los mismos únicamente por orden judicial. No tendrán acceso a esta información personas ajenas a su trámite.

Finalmente, un último ejemplo de información reservada o confidencial sería lo resuelto por el Consejo Nacional de Valores, donde se indica que Información reservada es aquella que estando en el Registro del Mercado de Valores, no debe ser difundida ya que puede perjudicar al interés social del mercado o a sus intervinientes, o al propio participante inscrito.

10.5. Acción por y de incumplimiento

Al hacer referencia a esta garantía jurisdiccional, encontramos una breve diferencia en cuanto a su nombre, le agregamos las palabras “por” y “de”.

Lo explicaremos detalladamente en líneas posteriores.

10.5.1. Por incumplimiento

Definición

Tal como lo expresa la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, busca garantizar, proteger la aplicación y cumplimiento de

sentencias, decisiones o informes del bloque interamericano de derechos humanos, es decir todo lo que corresponde a la Corte Internacional de Derechos Humanos, por lo que se podrá solicitar esta acción siempre y cuando exista una obligación de hacer y no hacer, pero en el caso de sentencias que no formen parte del bloque interamericano; es decir, de derecho doméstico, no se podrá activar una acción por incumplimiento.

Requisito

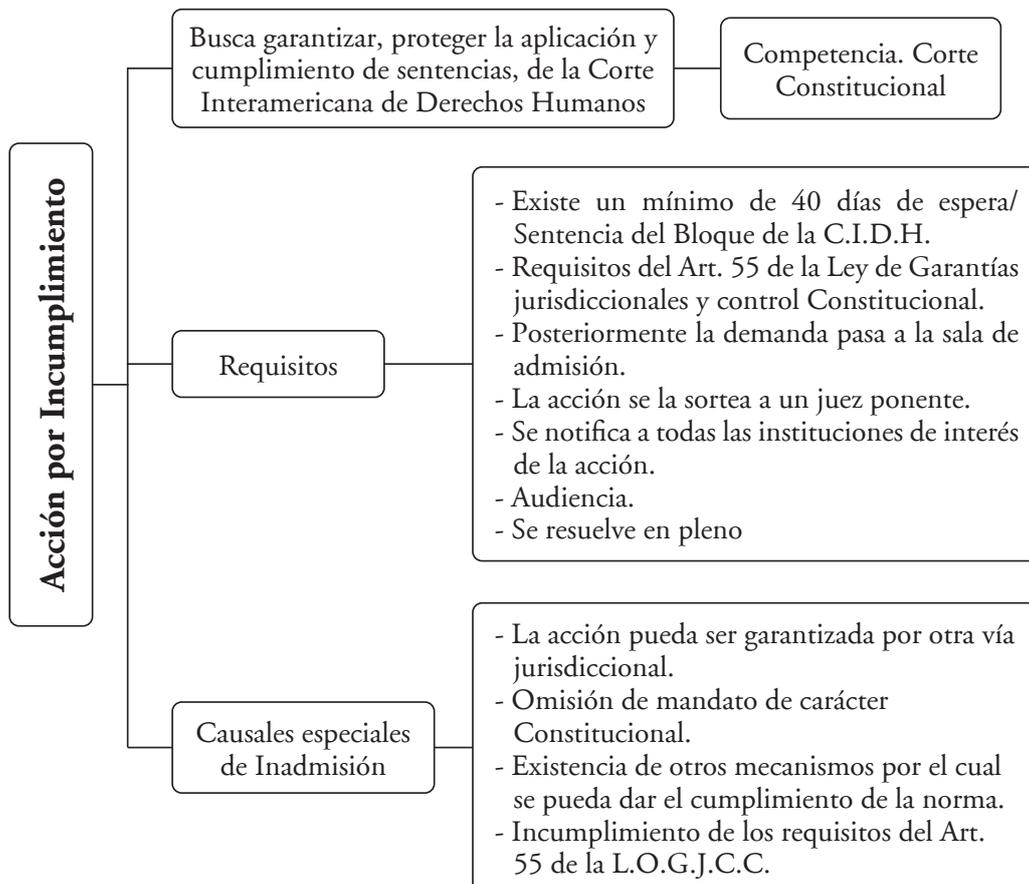
El conocimiento de las acciones planteadas por incumplimiento lo tiene la Corte Constitucional, sin embargo, para que llegue a la misma, se debe acatar una serie de requisitos previos, el primero de ellos es que deben existir un mínimo de 40 días de espera junto con una respuesta negativa de forma tácita o expresa.

Procedimiento

El procedimiento lo resumimos en siete pasos, explicados a continuación:

- a. Acreditar requisitos previos, tanto de 40 días, como que se interponga por una sentencia del bloque de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- b. La demanda debe cumplir los requisitos determinados en el artículo 55 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- c. Consecuentemente la demanda pasa a una sala de admisión.
- d. La Corte Constitucional está conformada por 9 Jueces en principio, a su vez, se encuentran divididos en base a sus competencias y los mismos resolverán en el pleno.
- e. La Sala de admisión mencionada en líneas anteriores, cuenta con 3 Jueces que realizan el análisis de admisibilidad de todos los requisitos de acciones que suben a la Corte Constitucional, por lo tanto, si algo no cumple con todos los requisitos planteados, no se acepta o en ciertos casos se podría enviar a completarla.
- f. La acción se la sorteará al Juez ponente. Antes de que el pleno tenga conocimiento, el Juez designado crea su ponencia con su respectivo voto para que el pleno posteriormente la trate. Empero, la Corte Constitucional añade un instante previo y es que puede disponer la notificación a las partes para que se convoque a una audiencia.
- g. Se realizarán las notificaciones a todas las instituciones de interés de la acción.

- h. Se procederá a desarrollar la audiencia.
- i. Finalmente, las sentencias se resolverán en el pleno, para garantías jurisdiccionales se requerirán 5 votos del pleno (mayoría simple).
- j. Pero el pleno además de dar votos conformes o salvados también puede emitir votos concurrentes, que son pronunciamientos que coinciden con la decisión, pero discrepa en la motivación.
- k. Cuando se trate de dictámenes interpretativos se requieren los votos de 7 jueces conformes.
- l. La acción por incumplimiento tiene también diversas causales especiales de inadmisión estipuladas en el artículo 56 de la respectiva Ley, las mismas que podemos resumir en cuatro puntos: Cuando la acción pueda ser garantizada por otra vía jurisdiccional; si se trata de omisiones de mandatos de carácter constitucional; cuando existan otros mecanismos por medios de los cuales se pueda dar el cumplimiento de la norma o decisión, a menos que ante la negativa de la acción por incumplimiento se provoque un perjuicio grave e inminente, por no cumplir con los requisitos establecidos para la presentación de la demanda.



10.5.2. De Incumplimiento

En la Constitución de la República del Ecuador y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 52, encontramos establecida tácitamente a la acción por incumplimiento, sin embargo, nos planteamos la interrogante de saber de dónde surge la acción de incumplimiento.

La acción de incumplimiento surge de la sentencia del caso INDULAC, es la primera sentencia considerada como vinculante y a su vez, se indicó los problemas que podrían existir en apelaciones o en acciones extraordinarias de protección al momento de su admisión.

Como también, en esta sentencia se determinó que solo la Corte Constitucional puede destituir funcionarios públicos, por lo que el Juez de primer nivel de justicia ordinaria no se podrá atribuir esta competencia.

La acción de incumplimiento, busca garantizar la aplicación y el cumplimiento de toda sentencia dentro del sistema de garantías jurisdiccionales en el derecho doméstico, es decir, se excluyen las decisiones judiciales adoptadas dentro de la justicia ordinaria en los procedimientos ordinarios y especiales de las materias penales y no penales.

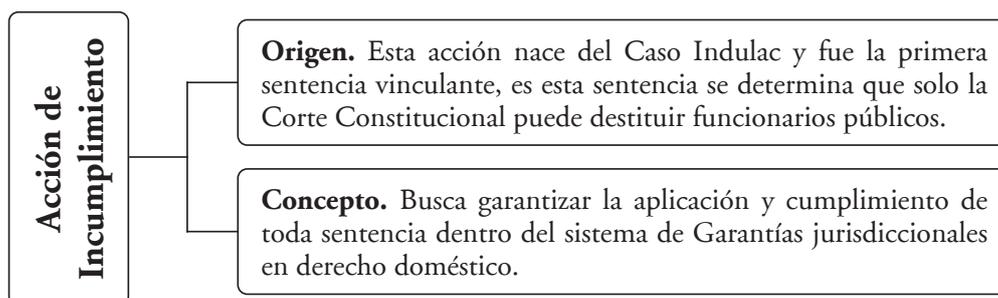
DANIEL URIBE TERÁN define que “la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales se relaciona directamente con la obligación de todo juez de asegurar que los actos públicos no violen derechos constitucionales, y en su defecto, que el Estado o sus particulares dispongan de medidas necesarias para su correcta reparación” (URIBE, 2011).

Ahora bien, el Juez de primer nivel podrá realizar un informe y elevarlo a la Corte Constitucional de oficio para así lograr activar la acción de incumplimiento, o de darse el caso, por petición del legitimado activo.

Insistimos en que la acción de incumplimiento, se activa de oficio o a petición de parte exclusivamente en los sistemas relativos a las garantías jurisdiccionales ecuatorianas, es decir, solo en procesos constitucionales.

En esta acción el Juez constitucional frente a la imposibilidad de ejecución de la sentencia por el incumplimiento del accionado, realiza un informe al pleno de la Corte Constitucional a fin de que establezca las sanciones del caso.

Esta acción no consta en la Constitución ecuatoriana, sin embargo, como se indicó en líneas anteriores, se considera a la misma como una garantía jurisdiccional por expresa interpretación de la Corte Constitucional.



Análisis de sentencia No. 071-15-SEP-CC. Caso No. 1687-10-EP. Declaratoria de incumplimiento de sentencia de acciones constitucionales y proceso de daños y perjuicios por el persistente incumplimiento de la decisión constitucional

La Corporación Aduanera Ecuatoriana presentó una acción extraordinaria de protección, frente a un inconveniente de índole administrativo que fuese resuelto en la vía constitucional, con la agravante de que se sustanció otro proceso por daños y perjuicios a favor de una compañía alegando el incumplimiento de una sentencia.

Inicialmente, el Juez de primer nivel declaró procedente una acción tutelar planteada y ordenó la entrega de la mercadería que se encuentra retenida por la Corporación Aduanera Ecuatoriana, actual SENA. Ésta por su parte presentó su apelación, recurso que denegó el Tribunal superior.

La Corporación Aduanera Ecuatoriana expuso que no se pudo cumplir lo establecido en la sentencia ya que la mercadería en un 30% estaba caduca y no contaba con los registros sanitarios correspondientes.

Aun así, se estableció que la Corporación Aduanera Ecuatoriana debe dar cumplimiento de lo estipulado en la sentencia y que proceda con devolución de la mercadería, dando como resultado la negativa de ésta.

Por este motivo, se declara el incumplimiento de la sentencia y se deja a disposición del actor que siga con el procedimiento según la Constitución de la República y las Garantías Jurisdiccionales.

La empresa aludida presenta una demanda de daños y perjuicios por el incumplimiento de la sentencia constitucional, esta es calificada y aceptada por el Juez.

La Corporación presenta un escrito en el que requiere se declare no ha lugar, puesto que pertenece a un proceso anterior y no es una cuestión nueva, ésta no debió ser presentada como demanda ni mucho menos ser aceptada por el Juez.

El Juez procedió con la demanda y como no hubo conciliación dio a lugar tal petición y ordenó el pago por daños y perjuicios a la empresa accionante por USD. 495.705,30.

Dado esto la Corporación presentó el recurso de apelación y se le negó, luego presentó recurso de hecho.

La Corporación presentó acción extraordinaria de protección en contra de estas decisiones. Exponiendo que esa acción va en contra del debido proceso.

La Corporación a pesar de que le fue negado el recurso de apelación por el Juez *a quo*, presentó el recurso de hecho mediante escrito de 19 de octubre de 2010 mientras que la parte accionante solicitó el embargo del dinero que posee la Corporación, actual SENA E; como respuesta el Juez *a quo* negó el recurso de hecho interpuesto por la Corporación Aduanera Ecuatoriana fundamentándose en el artículo 327 y 367, numeral 1, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y aceptó la solicitud de la parte accionante.

La Empresa accionante presentó una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia emitida por el Juez en donde expresó su inconformidad con la reparación económica por el Juez *a quo* fundamentándose en los artículos 11 y 76 de la CRE, y este declaró procedente la acción extraordinaria de protección.

En la demanda presentada por la Corporación Aduanera manifiesta, que el Juez emitió una providencia en la que declaró el incumplimiento de la sentencia, en base a esto, la empresa accionante presentó una demanda de daños y perjuicios en contra de SENA E y fue aceptada a trámite por el Juez *a quo* el 21 de mayo de 2010.

El accionante apoyándose en el artículo 22, numeral 1, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, indicaba que el incidente de daños y perjuicios presentado más bien es un “incumplimiento de sentencia constitucional” que debió seguirse en trámite sumario y no en juicio verbal como lo hizo el juzgador.

Por ende, el legitimado activo aprecia que la decisión judicial refutada vulnera sus derechos establecidos en los artículos 75, 76, numeral 3 y 82, de la Constitución.

La demanda presentada por el representante legal de la compañía y accionante a su vez, expresa, que según el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional respecto a la reparación integral existen varias formas de hacerla y no sólo debería limitarse a la reparación para las víctimas, ni tampoco debería únicamente analizar unos cuantos elementos

que constituyen la reparación en el ámbito material dejando de lado el aspecto inmaterial que busca enmendar el daño producido. Por tanto, se han vulnerado sus derechos consagrados en el artículo 75 y 76 de la Constitución

Por parte del Juez en la contestación de la demanda, manifiesta que en vista de su recusación planteada en su contra, se la separó del caso.

El representante legal de la empresa, mediante escrito de 18 de julio de 2012, expresa que la acción extraordinaria de protección presentada por la Corporación Aduanera debería ser rechazada porque se muestra claramente que está dilatando el cumplimiento de la sentencia y, por ende, se dirige a la Corte Constitucional solicitando que solo se tome en cuenta los cinco cuerpos.

Indica que si se llega a dar la aceptación de la acción presentada se estaría violando el derecho a la tutela judicial efectiva.

En cuanto a la audiencia pública no compareció a la diligencia el Juez, a pesar de que fue legalmente notificado, en cuanto a sus intervenciones de ambas partes ratificaron todo lo que constaba en sus escritos.

1. Pretensión de la Corporación Aduanera Ecuatoriana:

Se declare la violación de sus derechos, que se deje sin efecto el proceso a partir del auto de 21 de mayo de 2010 y que se absuelvan los autos a la Corte Provincial de Justicia para que así se haga efectivo el proceso constitucional establecido en el artículo 22, numeral 1, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En caso de que el incumplimiento provoque daños, la misma Jueza o Juez sustanciará un incidente de daños y perjuicios, mediante un procedimiento sumario, por este hecho y contra la persona responsable, particular o pública, y su cuantía será cobrada mediante apremio real.

2. Pretensión de la compañía

En su demanda anuncia que se declare oportuna la Acción Extraordinaria de Protección Constitucional, que se condene a la Corporación Aduanera y se disponga a la compensación material e inmaterial.

Ambas pretensiones están en contra del mismo auto de 21 de mayo de 2010, con peticiones totalmente diferentes.

La compañía se fundamenta en los artículos 11 y 76 de la Constitución de la República, donde se refiere a la reparación económica y expone que hay diferentes maneras de aplicar la reparación integral, ya que existe la vulneración de sus derechos.

Después de examinar todos los puntos la Corte Constitucional pudo dictaminar y aceptar la pretensión de la Corporación Aduanera, puesto que si se había vulnerado el derecho al debido proceso, como se encuentra estipulado en los artículos 75 y 76 numeral 3, y 82 de la Constitución de la República, ya que el Juez no debió aceptar una nueva demanda de daños y perjuicios que hizo la compañía por la falta de disposición de la Corporación Aduanera al no acatar la orden establecida en la sentencia emitida el 30 de noviembre de 2009.

Dicha sanción sólo la puede aplicar y establecer la Corte Constitucional ya que sobre ellos recae esa competencia, como está estipulado en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República.

También se estableció que si hubo incumplimiento del auto por lo cual el accionante aún puede hacer prevalecer su derecho y así proceder de manera correcta como dictamina la Constitución.

Análisis de Sentencia No. 006-13-SIS-CC. Caso No. 0053-12-IS. Omisiones en la aplicación y ejecución oportuna del fallo (inejecutabilidad de la sentencia)

La legitimada activa empleada de la Institución PETROECUADOR EP, asegura que existió vulneración de derechos fundamentales, fallas en cuanto al debido proceso y faltas a la seguridad jurídica.

La accionante laboró desde el 1 de septiembre de 1995 en la conocida PETROPRODUCCION Empresa Pública PETROECUADOR como asistente de control de activos fijos, el 27 de noviembre de 2009 recibe un oficio de terminación unilateral de relación de dependencia laboral.

Es por ello, que de acuerdo al procedimiento la Inspectoría de Trabajo realizó el acta de finiquito y liquidación de haberes, por lo que evidentemente y de forma errónea se procedió a la terminación laboral.

La accionante presentó una acción de protección que fue admitida y aceptada, en donde se dio razón a la vulneración de derechos fundamentales descritos en la demanda planteada, en donde se dictó dejar sin valor el oficio que recibió en noviembre de 2009 y se dispuso que se reintegre inmediatamente al puesto de trabajo y en cuanto a las remuneraciones se las llevara al Tribunal Contencioso Administrativo.

Tras la resolución de aquella decisión judicial PETROECUADOR EP no cumplió lo establecido en la sentencia.

Es por ello, que bajo la contestación de la demanda el Procurador Judicial manifiesta sus excepciones, alegando varias excepciones entre las más importan-

tes, la inexistencia del puesto de trabajo del que se solicita reintegro y el incumplimiento de la norma adjetiva constitucional.

Establece que es evidente el abuso de derecho por cuanto de acuerdo al Suplemento del Registro Oficial No. 860, de 2 de enero de 2013, que reforma al 315, se indica: “Disposición Transitoria Quinta.- El personal que actualmente trabaja en la Gerencia de Exploración y Producción, en la Coordinación General de Aviación y en las áreas de exploración y producción de la Gerencia de Gas Natural de EP PETROECUADOR, continuará prestando sus servicios en PETROAMAZONAS EP, respetando su antigüedad vacaciones no gozadas y demás derechos, observando las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a esta Empresa Pública, incluidos su sistema de evaluación de personal” (Decreto Ejecutivo 1351 A, 2013).

La Procuraduría General del Estado informó que no recibió razón de cumplimiento de lo dictado en sentencia, en cuanto a la responsabilidad de Petroecuador EP, y que, por lo tanto, se hizo imposible emitir el criterio según lo establecido en la Ley, por este motivo en audiencia pública se otorgó 5 días para reportar el cumplimiento y el informe de descargo.

Con lo manifestado anteriormente, la legitimada activa pretende el cumplimiento expreso de la sentencia manifestada por los Jueces de la Sala, en donde se niega el recurso de apelación y se pone en firme la sentencia.

Por ello se dispuso al representante legal de PETROECUADOR EP el reintegro de la funcionaria al mismo cargo que ejercía con todos los beneficios y los pagos de saldos no percibidos conforme a la Ley.

El legitimado pasivo solicita la devolución de la indemnización que dice haber recibido la demandante por su salida, a cambio del reintegro de la trabajadora, de la misma manera, que se deje sin efecto la acción de protección aceptada e impuesta ante los Jueces.

Se evidencia que PETROECUADOR EP quien pasó a ser PETROAMAZONAS EP desde el 2013 no cuenta con partida presupuestaria para nueva contratación, ni disponibilidad de una vacante de acuerdo al orden jerárquico institucional, manifestando que la anterior se hará cargo de los derechos y obligaciones que se requieran, es por ello que se avocan al hecho de dejar sentado el imposible cumplimiento de la sentencia por no encontrarse plazas para el cargo.

De acuerdo al análisis jurídico que realizó la Corte Constitucional se solicita que PETROECUADOR EP proceda con el reintegro inmediato de la trabajadora y que se cancele las remuneraciones que dejó de recibir desde la fecha que fue notificada.

La Corte Constitucional, resolvió que PETROECUADOR EP, debió cumplir a tiempo la sentencia dictada por lo que se solicita la reparación integral de la legitimada activa en cuanto a la restitución de un derecho que por Ley le corresponde, por ende, se decide dejar sin efecto el reclamo previo por haberse encontrado incumplida la sentencia, o decisión de los organismos que regulan la Constitucionalidad Ecuatoriana, y el respeto a los derechos humanos por lo que se determina que aquel fallo es estrictamente atribuible a quien no cumplió meramente con lo indicado.

Se acepta la acción de incumplimiento y se deja firmado que en 30 días deberán proveer un informe del fiel cumplimiento a la Corte Constitucional a partir de la notificación de la sentencia vertida y, finalmente, se resuelve que será de carácter *erga omnes* para futuras controversias.

Análisis de Sentencia No. 001-10-PJO-CC. Sobre la Facultad Administrativa para ejecutar destituciones de los Jueces Constitucionales respecto a la responsabilidad de funcionarios

De acuerdo a la jurisprudencia vinculante referente a las sentencias remitidas en la causa No. 022-2009 y No. 0368- 2009, se determina que solo la Corte Constitucional podrá destituir a los Jueces y Juezas constitucionales, cuando sin fundamento legal y constitucional, expidan sentencias dentro de garantías jurisdiccionales que produzcan la inejecutabilidad de las sentencias previamente resueltas, garantizándoles de igual forma el derecho al debido proceso.

Es decir, no podrá ejercer la destitución a un funcionario un Juez de primer nivel ni de justicia ordinaria.

Cabe destacar, que dentro de ambos casos se presentan temas aparentemente distintos pero que encuentran similitud en su ejecución, por lo que genera una forma de antinomia jurisdiccional con instrumentos que tienen el mismo valor jurídico, siendo esto “lo que una sentencia manda, la otra prohíbe”.

La Constitución en su artículo 86, numeral 4, establece un mecanismo para el cumplimiento de las sentencias en materia de Garantías Jurisdiccionales y de igual forma en el artículo 436, al tratar sobre la competencia exclusiva que la Corte Constitucional tiene para velar por el cumplimiento de dichas sentencias sin tomar en consideración al tipo de proceso del que provengan.

Referente a los mecanismos de cumplimiento de sentencias, estos se constituyen por las garantías jurisdiccionales de protección y reparación de los derechos constitucionales presuntamente vulnerados.

Mediante una interpretación sistemática, la Corte Constitucional ratifica aquellas disposiciones previstas en el artículo 86 de la Constitución, específicamente en las que reconocen el carácter *actio popularis* a las garantías jurisdiccionales, como aquella que prevé las consecuencias en el caso de incumplimiento de sentencias, dictámenes o resoluciones, las cuales son extensivas.

Sobre este caso, la Corte Constitucional determina que los Jueces y Juezas, en cuanto conozcan de garantías jurisdiccionales, estos se alejan de sus funciones originales y pasan a convertirse en Jueces y Juezas constitucionales, tomando en cuenta a la Corte Constitucional, como órgano competente para sancionar, garantizando así el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, por las deficiencias que se produzcan en la sustanciación de la causa.

Por ello, ante la existencia de sentencias constitucionales contradictorias y por la falta de precedente constitucional en cuanto impidan la ejecución de las mismas, bajo el articulado 436 numeral 9 de la Constitución, la Corte Constitucional podrá conocer sobre el conflicto, como tal, y de ser necesario dirimir dicho conflicto, estando la misma en su calidad de órgano competente.

10.6. Acción extraordinaria de protección

La acción extraordinaria de protección es una garantía jurisdiccional, que permite que los litigantes dentro de un proceso judicial, recurran ante la Corte Constitucional a fin de que se realice un control de constitucionalidad en dicho proceso judicial.

En esencia, esta acción revisa la aplicación del debido proceso, debida diligencia, tutela judicial efectiva y debida motivación en una sentencia debidamente ejecutoriada.

No obstante, no son los únicos derechos que la Corte podrá revisar, pues debemos comprender que al realizar un control de la constitucionalidad del proceso, la Corte de la lectura de la sentencia o auto definitivo impugnado, podrá determinar la violación de otro tipo de derechos.

En el trámite de estas acciones, la Corte Constitucional, tomando como referencia que se analizan sentencias debidamente ejecutoriadas, debe ser más estricta en la aplicación de facultades regladas; es decir, en relación a los presupuestos de admisibilidad y causales que permiten su presentación.

Esta acción representa una excepción a la discrecional aplicación del principio *iura novit curia*, pues el principio dispositivo juega un rol protagónico en esta acción. Si una acción extraordinaria de protección no cumple con los

requisitos necesarios en cuanto al momento y la forma de presentación, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional la rechazará.

Solo la Corte Constitucional puede conocer estas acciones desde su admisibilidad hasta su declaratoria de procedencia o improcedencia.

Definición

En palabras de JORGE ZAVALA EGAS, la Acción Extraordinaria de Protección es un elemento subsidiario, una especie de remedio procesal que permite la reparación o restauración de un derecho constitucional fundamental que se ha vulnerado por parte de las autoridades jurisdiccionales como Jueces o Tribunales y que consecuentemente, se aplica a sentencias o aquellos procesos que causen efecto de cosa juzgada y no hay remedio en la vía ordinaria⁴⁵.

Cabe indicar, que la acción extraordinaria de protección no es una instancia, es una garantía jurisdiccional especial y se impugna ante la Corte Constitucional sentencias jurisdiccionales o autos definitivos, por ejemplo.

Requisitos

La acción nos permite dar revisión de todo lo que conlleve violación de derechos dentro de un proceso judicial, determinar si en cualquier trámite de procesos, se ha respetado todos los derechos fundamentales de debido proceso, protección, tutela judicial efectiva y motivación.

- El requisito *sine qua non* para interponer la Acción Extraordinaria de Protección es que, la sentencia se encuentre debidamente ejecutoriada, es decir, que ya no haya la posibilidad de presentar más recursos ordinarios y extraordinarios, por lo que se tiene que agotar todos los mecanismos.
- La competencia tiene la Corte Constitucional. El Juez no puede hacer ningún tipo de control de admisibilidad ya que lo realiza directamente el ente constitucional a través de la Sala de Admisiones.
- La presentación de la acción no se realiza directamente a la Corte Constitucional, sino ante el Juez que dictó la decisión definitiva que se está impugnando.
- El tiempo para poder presentar la Acción Extraordinaria de Protección ante el Juez que dicta la decisión es de 20 días, término que se contará desde que se notifica la decisión judicial.

45 ZAVALA, J., *Apuntes sobre Neoconstitucionalismo, Acciones de Protección y Ponderación, Acción de Inconstitucionalidad Proceso Constitucional*. Ecuador, 2009.

El procedimiento será similar a lo detallado anteriormente, es decir:

- a. Se acreditan requisitos previos.
- b. La demanda debe cumplir los requisitos determinados en el artículo 55 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- c. Consecuentemente la demanda pasa a una sala de admisión.
- d. La acción se la sorteará a Juez ponente.
- e. Antes de que el pleno tenga conocimiento, el Juez ponente elabora un proyecto de resolución para que el pleno posteriormente la trate, empero, la Corte Constitucional puede disponer la notificación a las partes para que se convoque a una audiencia.
- f. Se realizarán las notificaciones a los jueces accionados y la Corte Constitucional puede pedir un informe a los jueces que determinaron su decisión para analizarlo.
- g. Se ejecutará la audiencia
- h. Finalmente, las sentencias se resolverán en el pleno, para garantías jurisdiccionales se requerirán 5 votos del pleno.

Es importante indicar, que en caso de existir la vulneración a derechos constitucionales, se requerirá la reparación integral al accionante, como a su vez, la Corte Constitucional contará con treinta días para resolver la acción desde el momento en que se recibió el expediente.

10.6.1. Acción extraordinaria de protección en justicia indígena

Las decisiones de la justicia indígena son escritas y orales, su finalidad es impugnar la decisión de una autoridad indígena.

A pesar de ello, cuando son delitos como el asesinato se aplica la justicia ordinaria, aunque se haya cometido en territorio indígena, tal como lo estableció la sentencia del Caso La Cocha, que divide los límites de la justicia indígena ante la justicia ordinaria.

Este tipo de procedimiento no es muy común en la Costa, sin embargo, en regiones como la Sierra hay un sólido Sistema de Justicia Indígena.

La Constitución de la República del Ecuador determina a nuestro territorio como intercultural, multiétnico y plurinacional, para lo que definiremos a cada uno de los términos.

- Intercultural: En términos generales se define como sistemas sociales que garantizan la costumbre que tienen ciertos grupos dentro del territorio, por ejemplo, las personas de medio oriente, la gastronomía peruana, orien-

tal o mexicana. Según la RAE, es aquello que concierne a la relación entre culturas (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2019).

- Multiétnico: Propio de cada provincia, es decir, hace referencia a la etnia, tal como los shuar, huaronis, etc. “La sociedad multiétnica es aquella sociedad que se encuentra integrada por grupos étnicos, sin importar cultura, raza e historia, es por ello que las ciudades son consideradas sociedades multiétnicas e incluso aquellas ciudades donde no existe el respeto y la tolerancia hacia las etnias” (RIVERO, s.f.).
- Plurinacional: Todo esto lo analiza el pluralismo jurídico. De múltiples naciones (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2019).

Procedimiento

La justicia indígena pretende resarcir directamente a la víctima, la purificación como tal significa que se trata de subsanar directamente mediante el castigo, lo que significa que se está limpiando el alma y no se pretende poner en riesgo la vida de las personas, ya que para el indígena la prisión no es la opción más efectiva para enmendar a una persona frente a la comunidad.

En los pueblos no contactados, la Constitución de la República del Ecuador establece, que pueden tener su propio funcionamiento, pero si se sanciona en justicia indígena no puede hacerlo en justicia ordinaria.

No es un procedimiento muy común en el nuestro sistema cultural, pero en la sierra hay mucho Sistema de Justicia Indígena.

Análisis de la sentencia No. 113-14SEP-CC. Caso No. 0731-10-EP. Sobre la Justicia Indígena en el caso La Cocha

El 08 de junio de 2010, por motivo de un asesinato, en la parroquia Zumbahua, Cantón Pujuli, Provincia de Cotopaxi, un miembro de la comunidad indígena de “La Cocha”, presentó una acción extraordinaria de protección en contra de las decisiones adoptadas el 16 y 23 de mayo de 2010 por parte de los dirigentes de la justicia indígena de la comunidad.

El 16 de mayo de 2010, se realizó el juzgamiento del asesinato por petición de los familiares de la víctima a las autoridades de la comunidad indígena, los cuales instalaron una Asamblea General en la cual se inició la etapa de investigación en la que se identificaron a los “coautores” y “autor material”.

El 29 de junio de 2010, por petición del Ministro de Justicia, fueron detenidos por los policías de Cotopaxi, los dirigentes de la comunidad indígena de “La Cocha”, para comenzar acciones legales en contra de ellos, aunque

posteriormente fueron liberados mediante la interposición de un “Amparo de Libertad”.

Las principales normas que estuvieron en discusión en la deliberación de la Corte Constitucional, fueron los titulares de Derechos Constitucionales, Art. 11 en sus numerales 3, 4 y 5, Principios de los Derechos, Art. 57 en sus numerales 1, 9 y 10 que hace referencia a los Derechos de las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades Indígenas, Art. 76, numerales 7, literal I que hace referencia al principio *non bis in idem* y finalmente el art 171 sobre la Justicia Indígena, todos estos artículos de la Constitución de la República del Código Orgánico de la función judicial en los artículos 343, 344 literales a, b, c, d y e, Art. 345 y Art. 346, relativos a las relaciones de la jurisdicción indígena con la jurisdicción ordinaria y las disposiciones generales de las reformas de marzo de 2010 del código de procedimiento penal.

Con lo antes dicho la Corte expide lo siguiente:

1. Declara que no existe vulneración de derechos constitucionales en la aplicabilidad de la justicia indígena por parte de la asamblea general comunitaria de la cocha, ni por parte del Ministerio Público y la Judicatura Penal Ordinaria.
2. La autoridad de justicia indígena habilitada y competente para la resolución de conflictos dentro del territorio indígena es la Asamblea General Comunitaria del pueblo Kickna Panzaleo.
3. La Corte declara que no se configuró el *non bis in idem* o doble juzgamiento puesto que el Ministerio Público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar los presuntos implicados en la muerte; por otra parte, la Corte Constitucional determinó que la Asamblea General Comunitaria, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico de la vida como fin, sino en función al conflicto social, que produjo este acontecimiento en la comunidad.
4. De conformidad con los Art. 11 numeral 8 y Art. 436, numerales 1 y 6, de la Constitución de la República, la Corte Constitucional establece las siguientes reglas de aplicación obligatoria que las autoridades indígenas, autoridades administrativas y jurisdiccionales, así como los medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, observarán de manera obligatoria, a partir de la publicación de la sentencia (efecto *erga omnes*), bajo los siguientes términos:
 - a. El único sistema encargado de conocer, resolver y sancionar casos que atenten contra la vida será el Derecho Penal Ordinario, incluso en los

casos que las personas involucradas sean parte de comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas.

- b. Se aplicará lo establecido en el convenio 169 de la OIT, cuando estén involucrados ciudadanos indígenas, en procesos y resoluciones de la Justicia Penal Ordinaria.
5. Se organizará un proceso sistemático de difusión de esta sentencia, para lograr una eficaz y generalizada implementación administrativa y financiera de las instancias de cooperación y coordinación intercultural a nivel nacional.
6. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en conjunto con la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública y la Secretaría Nacional de Gestión de la Política, organicen un proceso nacional de difusión de la sentencia a nivel nacional con las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en su propia lengua.

CAPÍTULO XI
RESPONSABILIDAD, REPETICIÓN Y
ABUSO DEL DERECHO



Conocemos como un sistema de repetición a aquel por medio del cual el Estado decide iniciar un proceso para recuperar aquello que ha sido pagado de más, por medio de la Procuraduría General del Estado, por vía contenciosa administrativa y Municipios cuando así se lo requiera.

El derecho de repetición es un sistema de ejecución, para que exista, el Estado previamente tuvo que ser condenado a un pago por reparación integral y una vez que se ejecuta el pago, el Estado va a tener la posibilidad por los próximos 3 años de ejecutar el derecho de repetición.

No representa una garantía jurisdiccional, su aplicación es propia del derecho administrativo. La competencia de estas acciones le corresponde a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Tiene doble vía de acción, tanto por decisiones de las Cortes Internacionales o por medio del Sistema de Garantías Jurisdiccionales en las que el Estado haya sido obligado o condenado a cancelar reparaciones económicas.

Para que se ejecute el derecho de repetición lo puede activar el titular de la institución afectada o cualquier persona que pida a la Procuraduría General del Estado que se plantee la demanda, para lo que también la Ley establece que hay una verificación administrativa previa, para conocer a las personas que han incurrido en tales responsabilidades.

Definición

El autor JORGE ZAVALA EGAS, define a este sistema de repetición “como instrumento, herramienta o mecanismo judicial, de naturaleza civil, dado que tiende a compensar al Estado mediante retribución patrimonial por parte de cualquier sujeto, que en ejercicio de una función pública, no sólo administrativa, con dolo o culpa, expidió una resolución o ejecutó un acto a consecuencia del cual se produjo la indemnización reparatoria a cargo del Estado que este pagó como consecuencia de una condena, nacional o internacional, de acuerdo reparatorio, transacción o por otro modo de terminación de un litigio”⁴⁶ (ZAVALA, 2012).

46 ZAVALA EGAS, J., *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. 2012. Quito, Ecuador.

Tipos de Repetición:

El artículo 20 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que el Juez puede declarar la responsabilidad en la sentencia del Estado o de un particular y estos pueden ser de dos tipos:

- Interno: Dentro de la misma institución se encargan de sancionar a sus funcionarios.
- Repetición judicial: Cuando no se tiene la individualización de las personas, es necesario investigar y procesar ante el Tribunal Contencioso Administrativo.

Abuso del Derecho⁴⁷

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sanciona aquellos hechos en los que un legitimado activo, estando consciente que su pretensión no debe ser tratada en la vía constitucional o en su defecto, ya tiene decisiones judiciales en esta esfera, insiste en las mismas inobservando las prohibiciones establecidas en la propia normativa.

Al respecto La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su Art. 23 indica lo siguiente: “En los casos en que los peticionarios o las abogadas y abogados presenten solicitudes o peticiones de medidas cautelares de mala fe, desnaturalicen los objetivos de las acciones o medidas o con ánimo de causar daño, responderán civil o penalmente, sin perjuicio de las facultades correctivas otorgadas a las Juezas o Jueces por el Código Orgánico de la Función Judicial y de las sanciones que puedan imponer las direcciones regionales respectivas del Consejo de la Judicatura”.

Bajo estos presupuestos, se faculta a los Jueces constitucionales, que en determinadas causas o acciones tutelares planteadas, las cuales de forma evidente no versen sobre ningún subsidio de vía constitucional, sino que pretendan deliberadamente reemplazar la justicia ordinaria por la constitucional, se puedan establecer no solo infracciones disciplinarias en contra de quienes patrocinen o presenten estas causas sino que a su vez, se puedan establecer responsabilidades incluso penales, como en el supuesto de un posible fraude procesal. En todo caso, la calificación del abuso del derecho, le corresponde exclusivamente al Juzgador y a su vez en el momento que se observa claramente su configuración, es necesario establecerla.

47 PLANIOL, *Críticas al calificativo de abuso del derecho*, p. 931.

CAPÍTULO XII
REGLAS JURISPRUDENCIALES
Y SENTENCIAS DE RELEVANCIA
CONSTITUCIONAL



**Análisis de sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso No. 0445-11-EP.
Sobre la estabilidad laboral de personas portadoras de VIH o
enfermas de SIDA**

El proceso sobre el cual se llega a la sentencia objeto de estudio, se inició con una demanda presentada ante la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, demanda que presentó el accionante el 14 de febrero de 2011, en virtud de no haberse presentado otra solicitud con identidad de objeto y acción. La Sala de Admisión de la Corte Constitucional Transitoria el 09 de junio de 2011, admite a trámite la acción extraordinaria de protección, así mismo el 20 de marzo de 2012 el pleno de la Corte Constitucional realizó un nuevo sorteo para el periodo de transición, del cual la nueva Jueza dispone la notificación a las partes y al tercero interesado en el proceso, así mismo solicita a los Jueces de la Segunda Sala de la Corte Provincial del Guayas y al procurador General de Estado presenten informes, además de convocar a las partes para ser oídas en audiencia pública el 04 de abril de 2012 a las 15h (CONSTITUCIONAL, 2013).

Luego de que los 9 jueces de la Primera Corte Constitucional se posesionaron se realizó un nuevo sorteo del cual corresponde sustanciar la causa al Juez Constitucional, Alfredo Ruiz Guzmán, el mismo que se avoca conocimiento de la causa y notifica a las partes el 05 de septiembre de 2013.

El legitimado activo señala que la sentencia dictada por los Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas es violatoria de derechos constitucionales, pues en dicho fallo no se observó la violación al debido proceso por parte de la accionada, la Municipalidad del Cantón Samborondón, que por influencia externa e irresponsabilidad de la Sala no se dió cumplimiento a lo determinado en el inciso segundo del artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en virtud de que no se ha respetado el término que la Ley prevé, pues no cumplieron ni dictaron sentencia en el término previsto, sino hasta después de siete meses, algo totalmente arbitrario, además indica el accionante que no convocaron a audiencia.

El accionante alega que la relevancia del proceso radica en la discriminación de la que fue objeto por parte la Municipalidad del cantón Samborondón, que han agredido su derecho al trabajo, a la seguridad social, al debido proceso

y que los operadores de justicia han decidido ignorar todas las vulneraciones de derechos consagrados en la Constitución y han preferido proteger a quien ha cometido el daño, causando un daño aun mayor puesto que multiplica el problema.

El legitimado activo solicita al Pleno de la Corte Constitucional que en virtud de lo expuesto revoque las sentencias de primera y segunda instancia dictadas por el Juez Vigésimo de lo Civil de Samborondón y por los Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, respectivamente, dentro de la acción de protección No. 0 27-2010 y 407-2010, que vulneran sus derechos y se disponga la reparación de los mismos, con el reintegro a su puesto de trabajo y el pago del sueldo desde la fecha en que fue destituido hasta la fecha de su restitución (CONSTITUCIONAL, 2013).

La Jueza sustanciadora de la acción, solicita que los Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial presenten un informe de descargo dentro del término de 5 días, así mismo, ordena que se notifique a la Municipalidad del cantón Samborondón la providencia recaída en el mismo Gobierno Autónomo Descentralizado, y como tercer interesado a las personas de su Alcalde y el Procurador Síndico, así como como al Procurador General del Estado, para que todos presenten un informe dentro del término de cinco días con respecto a las vulneraciones de derechos que el accionante alega en la demanda presentada.

La audiencia en la acción extraordinaria de protección se realizó el 2 de mayo de 2012, así consta a fojas 34 del proceso. Siendo la Corte Constitucional el único pleno competente para conocer acciones extraordinarias de protección frente a una presunta violación de derechos constitucionales en una sentencia o resolución o decisiones judiciales con fuerza de sentencia, en la que se vulneren derechos consagrados en la Constitución.

Así mismo, cualquier persona puede ser legitimado activo para presentar una acción extraordinaria de protección, de acuerdo a los requerimientos establecidos en los artículos 437 de la Constitución de la República del Ecuador.

Corresponde a la Corte Constitucional examinar la sentencia dictada el 15 de diciembre del 2010 a las 16h 35min, por el Juez y Conjueces de la Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que rechazó el recurso de apelación interpuesto por NN, a la sentencia dictada el 17 de marzo de 2010 a las 08h 30min, por el Juez vigésimo primero de lo Civil y Mercantil en Samborondón, con la finalidad de verificar si vulnera o no los derechos constitucionales invocados por el legitimado activo, a partir de la resolución de los siguientes problemas jurídicos:

- a. La sentencia impugnada ¿vulnera el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación?
- b. En la sustanciación de la causa ¿se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva expedita e imparcial del accionante?
- c. La separación de un empleado portador de VIH o enfermo de SIDA de su actividad laboral, ¿se enmarca dentro de las denominadas categorías sospechosas o criterios sospechosos, y ello implica en consecuencia, un trato discriminatorio?

El deber de motivación, contenido en el artículo 76, numeral 7, literal l instituye la obligación estatal de comunicar de manera clara, coherente y razonable los fundamentos que sustentan una decisión. Este derecho, sin lugar a dudas, se refuerza cuando los juzgadores resuelven acciones de protección de los derechos, pues lo que se encuentra en controversia es la posible vulneración de derechos constitucionales, razón por la cual la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha establecido que “La Jueza o Juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica”.

En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso, con lo cual, la obligación de motivar va más allá de la mera enunciación de normas, sino que conlleva una obligación de indagar a partir de los hechos presentados en el caso, cómo estos se relacionan con las normas jurídicas a partir de un razonamiento, a más de explicativo, justificativo.

La Constitución de la República constituye la norma fundamental que regula y rige la vida político-jurídica del Estado y al ser nuestro país un “Estado Constitucional de Derecho y Justicia” en donde dicha norma es de mayor jerarquía que cualquiera de las otras que integran el ordenamiento jurídico, entiéndase que los decretos, y demás resoluciones emitidas por cualquiera de las funciones en las cuales se ha desconcentrado el poder deberán proceder en la medida en que les ha sido atribuido, y toda acción u omisión contraria a la Constitución es inaplicable, inconstitucional y por ende justiciable.

Finalmente, la Corte Constitucional se pronuncia mediante sentencia resolviendo que acepta la garantía jurisdiccional de “Acción extraordinaria de protección” declarando que efectivamente ha existido la vulneración real de derechos consagrados en la norma fundamental del Estado en las garantías propias del debido proceso, siendo este además un principio esencial para alcanzar la justicia social, entiéndase por ello al goce pleno y efectivo de los derechos garantizados en la Carta Magna, que en el caso concreto tiene como fundamentos de

derecho que justifican el ejercicio de la acción al numeral 7, literal l, del artículo 76, el cual hace alusión a la motivación de las resoluciones emitidas por quienes ostentan los poderes públicos.

La tutela judicial efectiva constituye uno de los principios rectores del derecho procesal para la optimización del derecho a la defensa consagrado en el artículo 75 de la Constitución, que establece el acceso gratuito a la justicia, y a los principios sobre los cuales debe versar la administración de ella, de manera que textualmente tipifica que deberá ser un mecanismo idóneo para la defensa de los derechos, la imparcialidad por parte de quienes conforman el aparataje jurisdiccional, que además deberá ser de forma expedita, entre otros como la inmediatez, entendiéndose por ello al contacto directo que debe existir entre el Juez y los sujetos que se han hecho parte del proceso, y de la receptación de los medios probatorios; todo esto que en base al principio de celeridad se deberán tratar dentro de los plazos establecidos en la Ley, sin que se pierda la continuidad de ellos de forma injustificada, de manera que pueda desembocar en la vulneración de un derecho, y contiene además que sin excepción alguna no se podrá dejar en estado de indefensión y en caso de caer en algún actuar contrario se le impondrá las sanciones respectivas.

Entre los derechos vulnerados se encuentran también los tipificados en el artículo 11 numeral 2 que hace alusión a que ante la Ley todos nos encontramos en situación de igualdad en lo que concierne a derechos, deberes y oportunidades; mientras que en el artículo 66, numeral 4, se establece, que dicha igualdad puede ser material, es decir, lo antes mencionado, o de no discriminación, que de la mano del derecho a la equidad, da paso a la posible existencia de una acción afirmativa o discriminación positiva según el caso, a fin de que se actúe siempre en base a la justicia.

Una vez conocido esto, y determinando que sí existió la vulneración de derechos constitucionales, se procede a disponer la reparación integral para así resarcir a la parte que le hubiera sido vulnerados sus derechos.

Consecuencia de esto, se dejará sin efecto las sentencias dictadas el 15 de diciembre de 2010, correspondientes a la acción de protección No. 497-2010 y la emitida con el 17 de marzo de 2010 de la acción de protección No. 27- 2010; y la acción personal No. 001-DAM-MS-2010 correspondiente al 22 de enero de 2010.

Además de la restitución al puesto de trabajo del cual fue removido de forma injustificada y arbitraria en un término no mayor a 5 días de haber sido notificados, y que la autoridad competente se sirva cumplir con las obligaciones relativas al IESS hasta la fecha de dictada la sentencia.

En lo que se refiere a la reparación económica por concepto de los valores que se dejaron de recibir, deberá ejecutarse de manera sencilla, rápida, y eficaz, sin dar a lugar incidentes de ninguna naturaleza.

El cambio de la denominación NN que suplirá el nombre del accionante a manera de evitar caer en revictimización.

Se establece además garantías a este grupo vulnerable de personas portadoras de VIH o enfermedad del SIDA, contemplado dentro de los grupos de atención prioritaria, para que gocen de manera efectiva del principio de estabilidad laboral reforzada, puesto que merecen una protección especial, dado la fuerte discriminación de la que han sido sujetos, de manera que no puedan ser suspendidos de sus labores por temas referentes a su salud y en caso de caer en esta vulneración se presumirá *prima facie*, que además vulneran derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución, dejándose por entendido que el empleador no podrá justificar el despido por cuestiones concernientes al rendimiento, debido a que están propensos al deterioro físico y psicológico propios de la enfermedad, y en caso de no ser tratado de forma idónea podrá caer en un trato discriminatorio.

La justicia y la protección y garantía de los derechos consagrados en nuestra Constitución son responsabilidad del Estado y toda acción u omisión que caiga en una vulneración será justiciable, sujeto de sanción y deberá ser reparado de manera que se resarza el daño ocasionado y esta reparación podrá ser material o inmaterial.

Análisis de la sentencia No. 141-18-SEP-CC. Caso No. 0635-11-EP. Sobre la inexistencia del delito de prevaricato en Jueces de Garantías Jurisdiccionales

La sentencia en mención radica en una acción extraordinaria de protección presentada por el presidente y representante legal de la compañía Cervecería Nacional S.A. como resultado de su comparecencia ante la Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas mediante una acción de protección.

Los hechos se suscitan ante la petición de un grupo de ex trabajadores de empresas tercerizadoras de la Cervecería Nacional que realizaron ante el Director Regional de Trabajo del Litoral, de la ciudad de Guayaquil, para que se logre exigir y ordenar a la compañía antes mencionada, el pago de las utilidades que adeudaban.

Sin embargo, el 26 de enero de 2010, el Director Regional emite una resolución, argumentando que se archive el expediente, dado que consideraba que el Ministerio de Relaciones Laborales no tenía la competencia para conocer, tramitar, ni resolver controversias relativas a las utilidades, ya que las mismas les correspondían a los Jueces de Trabajo.

Dada la respuesta precedente, el 7 de julio de 2010, los ex trabajadores plantearon un recurso administrativo de apelación, en donde el Ministro de Relaciones Laborales, la negó bajo la utilización de los mismos argumentos, lo que consecuentemente ocasionó que el 28 de septiembre de 2010, se presente una acción de protección en contra de la resolución dictada el 7 de julio de 2010 por el Ministro de Relaciones Laborales.

En la acción de protección planteada se argumentó que existía un caso análogo, en donde el Ministerio decidió resolver a favor de los trabajadores ordenando el pago de las utilidades que la empresa adeudaba, lo mismo no aconteció con la solicitud de los ex trabajadores de la Cervecería Nacional, por lo que se consideraba vulnerado el derecho a la igualdad, al debido proceso en su garantía de motivación, al trabajo y a la seguridad jurídica.

Estipularon además que después de un análisis realizado por el Servicio de Rentas Internas y la Superintendencia de Compañías, se estableció que la Cervecería Nacional adeudaba \$ 90.929.135,00, más los intereses a favor de los ex trabajadores desde 1990 hasta el 2005, solicitando la nulidad de la resolución emitida por el Ministerio de Relaciones Laborales.

El representante legal de la Cervecería Nacional intervino a la causa como tercero interesado, argumentando, que en el recurso de apelación presentado, constaba como parte procesal la compañía, y en la acción de protección planteada se establecía que los ex trabajadores eran pertenecientes a ésta, nunca se citó a la compañía por lo que se vulneró su derecho a la defensa.

La Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas dispuso que la Cervecería Nacional o sus responsables solidarios, debían cancelar el valor que adeudaban a los ex trabajadores y en caso de no realizarlo serían multados en lo que establece el Código de Trabajo.

Dictada la sentencia, el accionante procede a plantear una acción extraordinaria de protección bajo el argumento de que no formaron parte procesal y aun así se pretendía ordenar un pago, vulnerando el debido proceso y, en consecuencia, la Sala que dictó la sentencia violó la Constitución de la República del Ecuador otorgando competencias y funciones a quien no le correspondía, como es el caso del Ministro de Relaciones Laborales.

Considerando a su vez, que la sentencia emitida no fue motivada de forma debida ante los artículos correspondientes del Código de Trabajo que son de pura legalidad, por lo que es error llevarlo ante las atribuciones y conocimiento constitucional existiendo otras vías adecuadas y eficaces como la ordinaria, ante los Jueces de Trabajo o ante lo Contencioso Administrativo, lo que en conclusión determinan vulnerado el derecho al debido proceso respecto a la motivación y así también como la seguridad jurídica.

Lo mismo señalaron los intervinientes en su calidad de terceros interesados, como lo fueron la Cámara de Industrias de Guayaquil, Cámara de Comercio de Guayaquil, Cámara de Industrias y Producción, entre otros *Amicus Curiae*.

Posteriormente, el Consejo Nacional de la Judicatura destituyó a los Jueces que sustanciaron el fallo emitido y se acusó de haber cometido el delito de prevaricato en la acción de protección planteada, debido a que se recurrió a la vía constitucional antes que la ordinaria, haciendo prevalecer el Derecho a la igualdad antes que la falta de resolución del Ministro de Relaciones Laborales, recurriendo a una ponderación de ambos.

Para ello, la Corte Constitucional decidió realizar un pronunciamiento acerca de ello, determinando que la conducta punible en dicho delito es la de “fallar o proceder contra una ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda en la sustanciación de las causas” (ASAMBLEA NACIONAL, 2014) y en el caso de los Jueces que conocen procesos de garantías jurisdiccionales, al ser los encargados de custodiar los derechos constitucionales, siempre deben hacer prevalecer los mismos, ante cualquier situación, muy diferente a lo que podría pasar en la justicia ordinaria que presenta parámetros más formales y rígidos hacia la ley.

En las garantías jurisdiccionales el juzgador debe emplear su propio razonamiento jurídico por lo que deberán actuar conforme a derechos y principios, aunque se sobrepongan a una normativa legal, lo que podría presumirse de forma errónea como un prevaricato.

La Corte Constitucional establece los procesos relacionados con las garantías jurisdiccionales, no pueden ser sujetos de delito de prevaricato, ni de ninguna otra acción penal por las disposiciones, resoluciones, opiniones o sentencias que emitan en el desarrollo de sus funciones.

Finalmente, la Corte resuelve declarar la vulneración los derechos invocados y mencionados con anterioridad y deja sin efecto la sentencia emitida por La Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas; y la dictada por el Juez duodécimo de lo civil del Guayas y mediante mediación, se deba determinar el valor económico que se debe pagar en utilida-

des a los ex trabajadores, en caso de no hacerse, el Ministro de Trabajo deberá resolver el monto.

Análisis de la Sentencia No. 11-18-CN/19. Caso No. 11-18-CN. Sobre el Matrimonio Igualitario

La Corte Constitucional luego de un sin número de peticiones decidió pronunciarse mediante una sentencia vinculante de gran preeminencia, que trajo consigo múltiples cambios y controversia, este precedente puntualiza todo lo que concierne al matrimonio igualitario.

Este pronunciamiento surgió a raíz de que los accionantes, decidieron acudir ante el Registro Civil a celebrar y posteriormente registrar la inscripción de su matrimonio, para lo que la institución antes mencionada se negó a realizarlo basándose en lo que estipula el ordenamiento jurídico ecuatoriano ante el matrimonio, alegando así que el matrimonio se puede contraer únicamente entre un hombre y una mujer.

Bajo dicho argumento, las accionantes consideraron vulnerados sus derechos, tanto a la igualdad como a la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la protección de la familia y a la seguridad jurídica, por esta razón, el 9 de julio de 2018, los accionantes interpusieron una Acción de Protección bajo la petición de que se de aplicación a la Opinión Consultiva “OC-24/17”, pasando a conocimiento del Juez de la Unidad Judicial de Tránsito con sede en el Distrito Metropolitano de Quito.

En la sentencia emitida por el Juez se determinó, que en definitiva, no existió como tal una vulneración a los derechos estipulados ni de ningún otro, en consecuencia, la acción de protección es improcedente, por lo que se utilizó la segunda instancia para el caso, las partes accionantes apelaron.

Ya ante el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 18 de octubre de 2018, los Jueces respectivos procedieron a suspender la acción de protección para elevar a consulta de la Corte Constitucional el procedimiento de acción de protección.

Se planteó la interrogante motivo de la consulta por parte del Tribunal, acerca de si la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que proclama derechos favorables para las personas del mismo sexo, al momento de contraer matrimonio, puede ser aplicada de manera constitucional sin que se reforme de manera previa el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador que establece que “el matrimonio es la unión entre hombre y mujer” (ASAMBLEA CONSTITUYENTE, 2008), el artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, artículo 81 del

Código Civil, y demás estipulados en el ordenamiento jurídico, siempre que se respete la Supremacía de la Constitución y de las demás normas y reglamentos existentes sobre el tema y sin que se vulnere el principio pro homine.

Ahora bien, mediante la sentencia inicialmente se plantea la realización de un análisis de la situación en la que se encuentran las personas que el mismo precedente define como aquellas con “diversa identidad sexo-genérica”.

Datos estadísticos realizados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos desprenden información específica, como por ejemplo 66.7% de las personas que fueron encuestadas se logran definir como personas con diversa identidad sexo-genérica, que van desde los están entre los 20 y 34 años, así mismo el 94.1 % señalan haber sido víctima de diversos tipos de violencia tanto física, emocional y psicológica, fueron sometidas a control un 72.1% de las mismas, 65.9% víctimas de constante rechazo y un 8% obligados a someterse a falsos procedimientos que pretenden crear tratamientos de “deshomosexualización”.

Proporcionados estos datos estadísticos, la Corte Constitucional entre sus argumentos destaca, que la opinión consultiva en mención, constituye un instrumento internacional de derechos humanos que puede ser aplicable a Ecuador, tal como lo señala la misma Constitución de la República en diversos articulados.

Entendido esto es necesario definir y establecer diferencias acerca del significado de los instrumentos internacionales, los encontramos de dos tipos, estos son los convenios y los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como resoluciones y declaraciones.

Si bien, la diferencia la encontramos en su forma de aprobación, es decir, el convenio necesariamente sugiere una ratificación por medio de un control de constitucionalidad por parte del país perteneciente, seguido de una aprobación por parte del parlamento y, finalmente, el depósito del instrumento; y, por otro lado, los demás instrumentos demandan una suscripción, sin más.

Por tanto, como se mencionó, la propia Constitución brinda a estos instrumentos internacionales la facultad de poder ser aplicables y de inmediato cumplimiento, consecuentemente forman parte del sistema u ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Ecuador al ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, está sujeto también a dar cumplimiento a lo dispuesto en el tratado, de buena fe, sin aferrarse a que el derecho interno es contrario a las disposiciones para justificar su incumplimiento.

En el caso de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deberán ser observadas por las autoridades correspondientes en todos los ámbitos.

Lo concerniente ahora es comprender si la Opinión Consultiva OC-24/17 que ampara el matrimonio de personas del mismo sexo, se encuentra en contradicción con lo que establece el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador, ergo, la Corte Constitucional señala que debemos partir desde realidades y conceptos sociales, por ejemplo, el matrimonio a nivel cultural se encuentra sumergido en un papel altamente relevante, con valor histórico, religioso espiritual, personal, que se vive diariamente en el Ecuador y que según datos estadísticos ha ido incrementando en los últimos años aproximadamente en un 4.5%, convirtiéndose en una realidad jurídica y social.

El artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador señala: “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal” (ASAMBLEA CONSTITUYENTE, 2008).

Por otro lado, el Código Civil estipula en su artículo 81: “matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y mujer...” (CONGRESO NACIONAL, 2015); y así diversas normativas del Sistema Jurídico Ecuatoriano, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por otro lado, la Opinión Consultiva OC-24/17, en su parte resolutive No. 8, determina, que acogiéndose a los articulados respectivos de la Convención, los Estados deben acogerse a las nuevas figuras en cada uno de sus ordenamientos jurídicos, tal es el caso del matrimonio hacia personas del mismo sexo, con el fin de asegurar y consagrar los derechos de las familias, de la igualdad y la protección hacia los mismos.

La Constitución señala, que protege a la familia en sus diversos tipos, por lo que podríamos interpretar estos dependerán de la realidad social actual en la que nos encontremos desarrollándonos, y que podrá ser constituida por vínculos jurídicos o de hecho con igualdad de derechos y oportunidades para cada uno de los que la conforman, para lo que en definitiva, se podría incluir también a las familias con una misma orientación sexual, convirtiéndose la conformación

de ella como un medio para alcanzar el fin, que es el matrimonio, reconocido como un derecho constitucional.

Ahora bien, se pueden realizar diversos tipos de interpretaciones al artículo en cuestión, para mejor entendimiento se aplicarán dos de ellas, una interpretación literal y aislada o denominada como restrictiva; y una interpretación dinámica e integral, o denominada favorable a los derechos.

La interpretación restrictiva la entenderemos como aquella que va dirigida directamente al sentido literal de lo que describe el texto constitucional, es restrictiva, se desprende de cualquier otra norma del ordenamiento jurídico aun siendo conforme a derechos humanos, al referirnos al matrimonio, ésta interpretación sólo admite al que se efectúa entre parejas heterosexuales, con la prohibición de que pueda ser conformado por cualquier otro tipo de personas, por lo que a su vez, se considera que la opinión consultiva carece de fuerza vinculante al ser inferior al texto constitucional, en el caso de haber contraposición o antinomia, se resolverá a favor de lo proclamado por la Constitución.

Como segundo punto, tenemos a la interpretación favorable a los Derechos (integral, dinámica y evolutiva) y es necesario entender, que este tipo de interpretación, está reconocida en la Constitución y la Ley, añadiendo que se interpretará en el sentido que más beneficie o favorezca al constituyente, siempre ajustándose a su integralidad, nunca de forma aislada, por ende, si existieren dudas se debe acudir a otros métodos interpretativos con el fin de hacer prevalecer los derechos en caso de existir dudas, de esta forma podríamos determinar que realizar una interpretación restrictiva sería ir en contra de la Constitución.

Es decir, en pocas palabras, la Constitución no debe ser modificada en su texto, si no considerar mediante una interpretación sistemática evolutiva e integral, que se lo puede complementar con la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC24/17, y que a pesar de que se podría realizar una reforma, esta no es necesaria al estar consagrada un derecho como el matrimonio en parejas del mismo sexo, en un instrumento internacional.

Agregando a lo señalado, que el tema no es susceptible de debates o consultas al Órgano Legislativo, ya que estaríamos sometiéndonos a una posible exclusión por un determinado grupo de personas que decidan en contra de las minorías, dando paso a una irrazonable discriminación, además de que una vez que se emitió la opinión consultiva, la Asamblea Nacional se encontraba en la obligación de adecuar todo el Sistema Jurídico a favor de los derechos reconocidos, sin embargo, hasta la fecha no se ha realizado ninguna.

Siendo así, bajo los argumentos planteados la Corte Constitucional determina que la Opinión Consultiva OC24/17, es vinculante y que sin lugar a

dudas da paso a formar parte del bloque de constitucionalidad siempre que vaya a favor de los derechos del soberano, excluyendo cualquier tipo de modificación o contradicción del texto constitucional con el instrumento internacional, sino más bien, se convertirá en un complemento del mismo, permitiendo así el matrimonio en parejas en sus diversos tipos.

Es importante finalmente resaltar, que en esta sentencia, existe un voto de minoría, en cuyo texto se puede apreciar que se da preferencia a un sistema de interpretación literal y que considera la imposibilidad de ejecutar una interpretación dinámica o integral sobre el caso concreto, pues al hacerlo, no se estaría interpretando sino realizando –entre líneas- una reforma constitucional, la misma que no es factible realizar fuera de las formas previstas por la propia constitución.

Debemos de recordar que el activismo judicial, si bien es cierto, la academia lo ha reconocido como un efectivo sistema de restablecimiento de derechos y tutela frente a las minorías, también debe señalarse que su aplicación no debe suplir o reemplazar las competencias de un asambleísta constituyente.

Frente a este particular coincidimos plenamente con los autores del voto de minoría, empero, esto no quiere decir, que en el voto de mayoría exista un error, pues la Corte Constitucional tiene la posibilidad de ejercer varios sistemas interpretativos (integrales y dinámicos) siendo totalmente respetable dicha motivación.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, E. (1999). *Curso de derecho constitucional*. 2 vol. Madrid: Tecnos.
- ANAYA, E. R. (2007). Find Books.
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE. (2008). *Constitución de la Republica del Ecuador. Montecristi*.
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial.
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial.
- ASAMBLEA NACIONAL. (2011). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Registro Oficial.
- ASAMBLEA NACIONAL. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial.
- ASAMBLEA NACIONAL. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial .
- ATIENZA, R. M., y GARCÍA, A. J. (2016). *Un debate sobre la Ponderación*. Lima-Bogotá: Palestra Editores S.A.C.
- BASTERRA, M. (2006). *El derecho fundamental de acceso a la información pública*. Buenos Aires: LexisNexis.
- BAZÁN, V. (2010). *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*. Tomo I. Buenos Aires - Argentina: Editorial AbeledoPerrot S.A.
- BIOSCA, P. (1 de Diciembre de 2017). *Identificar a los usuarios en las redes sociales, una medida muy difícil de legislar*. Recuperado de https://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-identificar-usuarios-redes-sociales-medida-dificil-legislar-201711292159_noticia.html
- BORJA, R. (1997). *Enciclopedia de la Política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- CANCADO, A. (1996). *Medidas Provisionales*. Publicaciones de la OEA.
- CANTOR, E. (1994). *Introducción al Derecho procesal Constitucional*. Cali - Colombia: Universidad Libre.

- CASAVARDE, E. J. (1986). En: DÍAZ, R.L., *Compendio de Teoría General del Derecho* (pág. pp. 11 a 14). Barcelona: Ariel.
- CASAVARDE, E. P. (2013). *Manual de Derecho Constitucional*. Lima - Perú: Adrus D&L Editores S.A.C.
- CASTILLO MARÍA, R. M. (1989). *El delito informático*. Congreso sobre Derecho Informático. Zaragoza.
- CEDENO, S. G. (2010). *La acción extraordinaria de protección*. Recuperado de <https://www.revistajuridicaonline.com>, 22.
- CONGRESO NACIONAL. (2002). *La Ley de Comercio Electrónico Firmas y Mensajes de Datos*. Quito: Registro Oficial.
- CONGRESO NACIONAL. (2015). *Código Civil*. Quito.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. (2008). Art. 436 N.9.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. (2008). Art. 93.
- CONSTITUCIONAL, C. (2013). *Sentencia No. 080-13-SEP-CC*. Guayaquil.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, *Abuso de derecho*, 23 de Junio de 2000.
- CRUZ, G. E. (2013). *Constitución y Procesos Constitucionales*. Tomo II. Lima - Perú: Editorial Adrus-D y L Editores S.A.C.
- Decreto Ejecutivo 1351 A. (2013). *Suplemento del Registro Oficial* No.860.
- DIMAS, G. A. (Agosto de 2017). *Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública*. Recuperado de <file:///D:/Downloads/CESOP-IL-72-14-DerHumaCuartaGeneracion-310817.pdf>
- ECUADOR, C. C. (2009). *Sentencia N° 071-15-SEP-CC*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- ECUADOR, C. C. (2013). *Sentencia No. 045-13-SEP-CC* . Quito.
- EMÉN KALIL, N. E. (1997). *El hábeas data en el Ecuador*. Guayaquil - Ecuador: Editorial Edino.
- ESCUADERO, J. (2013). *Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador*. Quito: Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional.
- ESGUERRA, J. C. (1995). *Discurso de Asamblea*. Colombia.
- ETO, G. (2013). *Constitución y Procesos Constitucionales*. Tomo II. Lima - Perú: Editorial Adrus D&L Editres S.A.C.
- FERNÁNDEZ, I. (2011). *Hacia la estandarización de la protección de datos personales: propuesta sobre una "Tercera Vía O Tertium Genus" Internacional*. Madrid: La Ley.

- FLORIT, M. O. (2009). *Enciclopedia Jurídica y Omeba*. México: Editorial José Luis Angel.
- Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos. (2015). El derecho a la información pública. Quito: Comunicaciones INREDH.
- GARCÍA, M. B. (2006). *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GARCÍA, V. (2013). *Derechos fundamentales*. Arequipa - Perú: Editorail ADRUS.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (s.f.). Art. 163 Inciso 1.
- LOAIZA, A. (5 de abril de 2015). *El derecho de daños: normativa actualmente aplicable y resarcimiento según el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. Recuperado de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/21597/1/Monograf%C3%ADa.pdf>
- MAC GREGOR, E. F. (2013). *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- MAC GREGOR, E. y BERIZONCE, R. (2009). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- MADURGA, L. F. (2015). UNED. Recuperado de <http://www.calatayud.uned.es/web/actividades/revista-anales/21/03-05-LourdesFraguasMadurga.pdf>.
- MANILI, P. (2005). *Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires: Universidad.
- MASAPANTA, C. (2013). *Las medidas cautelares en la realidad constitucional ecuatoriana*. Quito: CEDEC.
- MONTAÑA, J. (2011). Quito, Ecuador: J. Montaña Pinto (Ed.).
- MONTAÑA, J. (2012). *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Cuadernos de Trabajo. Quito - Ecuador: Corte Consitucional para el Periodo de Transición.
- NACIONAL, A. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito - Ecuador: Registro Oficial.
- NACIONAL, A. (2009). *Ley Organica de Garantias Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Editora Nacional.
- OYARTE, R. (2014). *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- PÉREZ, J. (2010). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

- PIZZORUSSO, A. (2006). *La justicia constitucional italiana entre el modelo difuso y el modelo concreto*. España.
- POLICIA NACIONAL DEL ECUADOR. (27 de Diciembre de 2017). Policía Nacional del Ecuador. Recuperado de <https://www.policiaecuador.gob.ec/delitos-informaticos-establecidos-en-el-coip-y-como-prevenirlos/>
- PULIDO, C. B. (2003). *El principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2019). *Diccionario de la Real Academia Española*. Madrid: RAE.
- ROMEO CASABONA, C. (1987). *Poder Informático y seguridad jurídica*. Madrid: Fundesco.
- RIVERO, F. (s.f.). *Wiki IUT PNEI Informatica*. Recuperado de https://iutpnfinformatica.fandom.com/es/wiki/La_Sociedad_Multi%C3%A9tnica_y_Pluricultural?action=edit
- SALAZAR, W. Q. (7 de julio de 2015). Academia. Recuperado de https://www.academia.edu/36314409/los_tipos_de_preguntas_en_el_interrogatorio_cruzado_en_el_modelo_procesal_acusatorio
- SALGADO, H. (2008). *Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional del Ecuador*. Madrid: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional.
- SANTÍN, E. (21 de Mayo de 2014). *Arbitrariedad y Justicia*. El Ideal Gallego.
- SCHWARTZ, B. (1990). *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Madrid: Civitas.
- Sentencia No. 001-16-SIS-CC, N.0 0058-11-IS (Corte Constitucional de 6 de Enero de 2016).
- Sentencia No. 031-09-SEP-CC, 0485-09-EP (Corte Constitucional de 24 de Noviembre de 2009).
- Sentencia N° 001-13-SCN-CC, No. 0535-12-CN (Corte Constitucional de 06 de febrero de 2013).
- SEPÚLVEDA, Á. F. (1985). *Derecho Judicial y Justicia Constitucional: Una aproximación al tema*. Madrid: Coleccion Temas Constitucionales no. 7.
- SERRANO, F. (22 de Enero de 2015). *Contra la violación de la intimidad y revelación ilegal de nuestra base de datos*. El Telégrafo.
- TWITTER. (s.f.). *Centro de ayuda. Obtenido de Pautas de aplicación de las normativas legales*. Recuperado de <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/twitter-law-enforcement-support>.

- URIBE, D. (2011). *Cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales*. Quito.
- VÁZQUEZ, J. (1997). *Derecho Procesal Penal*. Tomo II.
- VEGA, J. (12 de mayo de 2014). *Lawi Enciclopedia jurídica online*. Recuperado de <https://diccionario.leyderecho.org/preguntas-capciosas/>
- VELÁSQUEZ, S.V. (2010). *Manual de Derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano*. Guayaquil: Edino.
- VESCOVI, E. (1984). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Termis.
- ZAVALA, J. (2012). *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Edilex S.A.

ISBN: 978-9942-814-22-7



9 789942 814227