

Juan Montaña Pinto
Angélica Porras Velasco

Editores

Apuntes de Derecho Procesal Constitucional

Cuadernos de trabajo

Tomo 2

Corte Constitucional para el Período de Transición
Quito - Ecuador

Apuntes de derecho procesal constitucional

Parte especial 1
Garantías constitucionales en Ecuador

Tomo 2

CUADERNOS DE TRABAJO n.º 2

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Apuntes de derecho procesal constitucional

Parte especial 1 Garantías constitucionales en Ecuador

Juan Montaña Pinto
Angélica Porras Velasco
Editores

Quito - Ecuador



Montaña Pinto, Juan, ed.

Apuntes de derecho procesal constitucional: parte especial: garantías constitucionales en Ecuador, t. 2. Juan Montaña Pinto; Angélica Porras Velasco, eds. 1ª reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. (Cuadernos de Trabajo, 2)

278 p.; 15x21 cm + 1 CD-ROM

ISBN: 978-9942-07-197-2

Derechos de autor: 037533

1. Derecho procesal constitucional. 2. Derecho constitucional. 3. Interpretación constitucional - Ecuador. 4. Cortes Constitucionales - Ecuador. I. Porras Velasco, Angélica, ed. II. Título. III. Serie.

CDD21: 342.866 CDU: 342(866) LC: KHA 2548.M66 2011 Cutter-Sanborn: M765

Catálogo en la fuente: Biblioteca "Luis Verdesoto Salgado". Corte Constitucional.

Corte Constitucional para el Período de Transición

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)

Patricio Pazmiño Freire

*Presidente de la Corte Constitucional
para el Período de Transición*

Juan Montaña Pinto

Director ejecutivo del CEDEC

Dunia Martínez Molina

Coordinadora de publicaciones del CEDEC

Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco *Editores*

Juan Francisco Guerrero

Lector externo

Miguel Romero Flores

Corrector de estilo

Juan Francisco Salazar

Diseño de portadas

Imprenta: VyM Gráficas

Quito, Ecuador, junio 2012

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional

Av. 12 de Octubre N16-114

y Pasaje Nicolás Jiménez, Edif. Nader, piso 3.

Tels.: (593-2) 2565-177 / 2565-170

www.corteconstitucional.gob.ec

publicaciones@cce.gob.ec

Índice

Introducción	15
<i>Juan Montaña Pinto</i>	

JUAN MONTAÑA PINTO

Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales

1.	Introducción	25
2.	¿Qué son las garantías constitucionales?	26
3.	Los tipos de garantías en la nueva Constitución	27
3.1.	Las garantías normativas	28
3.2.	Las garantías institucionales o extrajudiciales	29
3.3.	Las garantías de políticas públicas	33
3.4.	Las garantías jurisdiccionales	34
4.	Finalidad de las garantías jurisdiccionales	36
5.	Características de las garantías jurisdiccionales	36
6.	Bibliografía	37

ANGÉLICA PORRAS VELASCO

La prueba en los procesos constitucionales: aproximaciones a los principales retos en el caso ecuatoriano

1.	Introducción	39
2.	Teoría de la prueba: algunas aproximaciones y reformulaciones ...	40
2.1.	¿Qué es probar?	40

2.2.	¿Qué se prueba?	42
2.3.	¿Quién prueba?	44
2.4.	¿Cómo se prueba?	46
2.5.	¿Cómo se valora la prueba?	47
3.	La prueba en los procesos constitucionales	49
3.1.	La prueba en los conflictos constitucionales: abstractos y de garantías jurisdiccionales	50
4.	La prueba en los procesos constitucionales en Ecuador	56
4.1.	El derecho a la prueba	56
4.2.	La prueba en los procesos constitucionales	57
4.2.1.	Prueba en los conflictos abstractos	57
4.2.2.	La prueba en la cuestión de inconstitucionalidad	59
4.2.3.	La prueba en los procesos de garantías constitucionales	59
5.	A manera de conclusión	63
6.	Bibliografía	63

MARÍA FERNANDA POLO CABEZAS

Reparación integral en la justicia constitucional

1.	Introducción	65
2.	Daño	65
2.1.	Concepto y definición	65
2.2.	Tipos de daños	67
3.	La reparación	69
3.1.	Teoría y normativa constitucional de la reparación según la visión paleo-positivista del derecho y la visión del nuevo constitucionalismo	69
3.2.	La incorporación del bloque de constitucionalidad dentro de la materialización del derecho a la reparación integral	70
4.	Formas de reparación	71
4.1.	Restitución	72
4.2.	Indemnización	73
4.3.	Rehabilitación	73
4.4.	Satisfacción	74
5.	Garantías de no repetición	74
6.	La obligación de reparación de los jueces	74
7.	Bibliografía	81

DANIEL FERNANDO URIBE TERÁN

Las medidas cautelares en la nueva Constitución del Ecuador

1.	Introducción	83
2.	Antecedentes de las medidas cautelares en Ecuador. La acción de amparo constitucional	84
3.	Naturaleza y concepto de las medidas cautelares	87
4.	Las medidas cautelares en la actual Constitución del Ecuador	90
4.1.	Objeto de las medidas cautelares en Ecuador	92
4.2.	Procedimiento de las medidas cautelares	96
5.	Conclusiones	100
6.	Bibliografía	101

JUAN MONTAÑA PINTO

Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección

1.	La acción de protección: herramienta básica de garantía de los derechos constitucionales.	103
2.	Naturaleza de la acción de protección	106
3.	El objeto y ámbito de aplicación de la acción de protección	108
4.	Requisitos generales de procedibilidad de la acción de protección	110
5.	Improcedencia de la acción de protección	113
6.	La legitimación activa	120
7.	El procedimiento de la acción de protección	122
7.1.	El juez competente	122
7.2.	Contenido de la demanda	122
7.3.	Intervención de terceros interesados (<i>amicus curiae</i>)	123
7.4.	Calificación de la demanda	124
7.5.	La audiencia	124
7.6.	Formas de terminación del proceso	125
8.	Acción de protección y reparación integral	126
8.1.	¿En qué consiste la reparación integral?	126
8.2.	Los elementos esenciales de la reparación integral	127
8.3.	El contenido de la reparación integral	127
9.	Bibliografía	129

MARÍA MERCEDES LEMA

**La acción extraordinaria de protección:
naturaleza, competencia y procedimiento**

1.	Introducción	131
2.	¿Qué es la acción extraordinaria de protección?	132
2.1.	¿Es la acción extraordinaria de protección una acción o un recurso?	133
3.	Objeciones contra la acción extraordinaria de protección	133
4.	Argumentos a favor de la acción extraordinaria de protección	134
5.	Trámite de la acción extraordinaria de protección	136
5.1.	Juez competente para conocer y tramitar la acción extraordinaria de protección	136
5.2.	Acerca de la legitimación en la causa	136
5.3.	Requisitos de la demanda	137
5.4.	Procedimiento de tramitación de la acción	137
6.	La acción extraordinaria de protección respecto de las decisiones de la justicia indígena	142
6.1.	La justicia indígena en la nueva Constitución	142
6.2.	La justicia indígena y el control de constitucionalidad: la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena	145
6.3.	Ámbito de aplicación de la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena	146
6.4.	Principios aplicables en el ejercicio del control constitucional de las decisiones de la justicia indígena	148
6.5.	Requisitos y trámite	148
6.6.	Trámite ante la Corte Constitucional	150
7.	Bibliografía	151

LUIS ÁVILA LINZÁN

El hábeas corpus en un Estado constitucional de derechos y justicia

1.	Introducción	153
2.	De la libertad ambulatoria a la libertad integral	157
3.	La justicia integral y transformadora y los derechos humanos	162
4.	Integralidad garantista del hábeas corpus en la Constitución de 2008 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	165

4.1.	Protección integral de la libertad (ambulatoria, tortura, no prisión por deudas)	170
4.2.	Protección cautelar de los derechos de las personas privadas de la libertad	170
4.3.	Protección cautelar de movilidad humana (no deportación y no exilio)	171
4.4.	Protección para evitar la desaparición forzada	172

ROSA ELENA DE LA TORRE Y JUAN MONTAÑA PINTO

El hábeas data en Ecuador

1.	Introducción	179
2.	El origen del hábeas data	180
3.	¿Qué es el hábeas data?	181
4.	Derechos protegidos	183
5.	Desarrollo del hábeas data en Ecuador	185
6.	Procedimiento	187
6.1.	Legitimación activa	188
6.2.	Competencia	188
6.3.	Ámbito de protección	189
6.4.	Medidas cautelares	190
7.	Bibliografía	191

ANGÉLICA PORRAS VELASCO Y JOHANNA ROMERO LARCO

La acción de acceso a la información pública

1.	Introducción	193
2.	La sociedad de la información	194
3.	El derecho a la información	195
3.1.	Derecho a la información y libertad de expresión. Diferencias conceptuales	196
3.2.	El contenido del derecho a la información	197
3.3.	Derecho a recibir información	197
3.4.	Derecho a difundir información o informar	198
3.5.	Derecho a investigar o a atraerse información	199
4.	El derecho de acceso a la información pública	200
4.1.	El principio de publicidad en el derecho de acceso a la información	200

4.2.	El contenido del derecho de acceso a la información pública	201
4.2.1.	Los sujetos del derecho de acceso a la información pública	201
4.2.2.	El objeto del derecho de acceso a la información pública	201
5.	El derecho de acceso a la información pública en los instrumentos y jurisprudencia internacionales	202
6.	El acceso a la información en el derecho comparado	207
7.	Derecho a la información y acceso a la información pública en la Constitución ecuatoriana	211
7.1.	La acción de acceso a la información pública en la Constitución y en la ley	213
7.1.1	¿Cuándo procede la acción?	214
7.1.2.	¿Cuándo la información es reservada?	214
7.1.3.	Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Lotaip)	215
7.1.4.	Procedimiento	216
7.1.5.	Compatibilidad de la acción de protección y la acción de acceso a la información	221
8.	Bibliografía	222

JOHANNA ROMERO LARCO

La acción por incumplimiento: garantía de la seguridad jurídica

1.	Introducción	225
2.	La acción por incumplimiento y el derecho tutelado	226
2.1.	La seguridad jurídica y el principio de legalidad	226
3.	Naturaleza jurídica de la acción por incumplimiento	229
3.1.	El cumplimiento de normas	229
3.2.	La aplicación de las normas	233
4.	Tipo de normas incumplidas	234
5.	La protección de otros derechos	235
6.	La subsidiariedad de la acción por incumplimiento	237
7.	La acción por incumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales	240
8.	Causales de inadmisión	243
8.1.	La protección de otros derechos	243
8.2.	Omisiones de mandatos constitucionales	244
8.3.	La existencia de otro mecanismo judicial	245
8.4.	El no cumplimiento de los requisitos para presentar la demanda	245

9.	El reclamo previo	246
10.	Los efectos de la sentencia en la acción por incumplimiento	247
11.	Procedimiento	248
12.	La acción por incumplimiento y la acción de incumplimiento	249
13.	Bibliografía	250

DANIEL FERNANDO URIBE TERÁN

Cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales

1.	Introducción	253
2.	La relación entre la eficiencia y eficacia del derecho respecto del cumplimiento de las sentencias constitucionales	254
3.	La competencia de la Corte Constitucional para verificar y sancionar el cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales	259
4.	La competencia de los jueces de garantías constitucionales y de la Corte Constitucional	261
5.	Razones del incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales	261
6.	La acción de incumplimiento de sentencias sobre garantías constitucionales	263
6.1.	Características de las sentencias sobre garantías jurisdiccionales	267
6.2.	Presentación y trámite de la acción de incumplimiento	270
7.	Conclusiones	271
8.	Bibliografía	272

Colaboradores	275
--------------------------------	-----

Introducción

Me parece que la imagen más adecuada para representar al derecho es el dios grecorromano Jano, aquel de las dos caras, que otorgó asilo en su reino a Saturno después de que Zeus lo destronara y se convirtiera en rey del Olimpo. Como nos recuerda Boaventura de Sousa Santos,¹ el derecho posee por una parte una faz regulatoria que garantiza la estabilidad y el orden social, pero tiene también otra cara, una dimensión crítica que permitiría no solo controlar y estabilizar las demandas sociales sino, además, cuestionar las prácticas sociales dominantes y construir nuevas realidades que hagan posible la liberación y la libertad de quienes vivimos en una determinada sociedad.

Ecuador, sin embargo, parece ser uno de esos lugares donde esa tensión o dicotomía entre los dos rasgos del derecho no se habrían producido o dado en una intensidad mucho menor a la acostumbrada. A diferencia de lo que ocurre en otros lugares del globo donde el derecho ha cumplido un rol más relevante en la estructuración de la sociedad, en nuestro país habría existido un desarrollo jurídico e institucional algo diferente, caracterizado por la exacerbada preeminencia, cuando no absoluto monopolio, de la función regulatoria de lo jurídico, a partir del uso que las clases dominantes y quienes gestionan el poder han hecho del discurso, los métodos y las normas jurídicas, que normalmente han servido tan solo para gestionar sus intereses corporativos y particulares. Esa es la visión

1 Santos, Boaventura de Sousa. “La desaparición de la tensión entre regulación y emancipación”. *Sociología jurídica crítica*. Madrid, Editorial Trotta, 2009, pp. 30-33.

crítica que se tiene del derecho en las ciencias sociales, a partir de la influencia que ha tenido en marxismo en los estudios sociales ecuatorianos.²

Sin embargo, la realidad es más compleja: en nuestro país no solo que el derecho no ha cumplido con la función emancipatoria que la teoría crítica contemporánea le asigna a lo jurídico,³ sino que ni siquiera la clásica función regulatoria y represiva ha tenido un desarrollo cabal y adecuado; dado que en realidad el verdadero principio rector del desarrollo institucional y social ecuatoriano ha sido una versión andina e hipertrofiada del antiguo principio del derecho castellano de “se acata pero no se cumple” en virtud del cual, más importante que cumplir con los mandatos de la ley, es generar una apariencia de cumplimiento de las normas, y a partir de allí, el derecho no ha servido para ordenar e institucionalizar la vida social, sino tan solo, y en el mejor de los casos, para aparentar simbólicamente la idea de la existencia de un Estado de derecho en el país.

Por eso, a pesar de que la teoría tradicional de la democracia plantea insistentemente la necesidad de construir un modelo político basado en el cumplimiento estricto de los procedimientos, a partir de una definición básica en donde la democracia es concebida tan solo como “un conjunto de reglas básicas que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos”;⁴ en el caso ecuatoriano ni siquiera se puede hablar de que haya existido y exista hoy una democracia en sentido formal del término, porque la cultura política heredada, como hemos dicho, de la tradición castellana basada en obedecer hipócritamente a la autoridad sin cumplir realmente sus mandatos no ha necesitado, necesita, o entiende, la función que cumplen las formas y los procedimientos para la generación de gobernabilidad y gobernanza,⁵ y mucho

2 Sobre la visión tradicional acerca del papel del derecho y de lo jurídico en Ecuador, véase, por ejemplo, Cueva, Agustín. *El proceso de dominación política en el Ecuador*. Quito, Editorial Planeta, 1997; del mismo autor *Entre la ira y la esperanza*. Bogotá, Clacso, Siglo del Hombre Editores, 2002.

3 Sousa Santos, Boaventura de. ¿Puede ser el derecho emancipatorio? *Derecho y emancipación*. Quito, CEDEC / Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, pp. 63-144.

4 Sobre el particular véase Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

5 No se olvide que en la ciencia política actual se utiliza la expresión gobernabilidad para referirse a las reglas y procedimientos mediante los cuales se elige a los gobiernos, y estos son mantenidos, responsabilizados y reemplazados; mientras que la gobernanza es la capacidad del Estado y particularmente del gobierno para formular, desarrollar y evaluar las políticas públicas y las normas, así como administrar los recursos eficientemente.

menos la importancia que estos tienen en la generalización de ciertos principios y valores atinentes al respeto y protección efectiva de la dignidad humana; y por eso el Ecuador llegó a los extremos de desinstitucionalización y anomia social que caracterizaron los años noventa del siglo pasado, donde prácticamente desapareció el Estado y renació en esta parte del mundo la “ley de la selva” y el “estado de naturaleza” de la que habla Hobbes, y donde para subsistir la gente debió recurrir a la autoorganización y autocomposición.

Es justamente para transformar ese Estado ingobernable, “imaginado” o “inexistente” en una democracia real y sustancial como la que plantean, por ejemplo, Alain Touraine,⁶ Cornelius Castoriadis,⁷ o Luigi Ferrajoli, que el pueblo ecuatoriano reaccionó social y políticamente, a mediados de esta década, y exigió al mundo político y a sus agentes, la realización de una verdadera revolución jurídica que diera paso y permitiera sembrar las bases de una nueva institucionalidad democrática en la cual se reconocieran y se desarrollaran no solo unos procedimientos adecuados de toma de decisión como querría Bobbio si hubiera vivido en Ecuador, sino también determinados valores, contenidos y condiciones sustanciales vinculadas con la realización de la justicia, la igualdad y la dignidad de las personas y de la naturaleza, las cuales se encuentran materialmente representadas en los derechos constitucionales.

Ahora bien, la pregunta necesaria es: ¿cómo logramos construir, en un país como Ecuador, esa democracia sustancial que propugna la Constitución?

La respuesta es obvia, pero no por ello de cómoda o fácil ejecución: se requiere tanto de un intenso proceso de formalización e institucionalización del Estado y de la sociedad en su conjunto, como de un esfuerzo de verdadera constitucionalización del derecho pues estos son los elementos indispensables, podríamos decir, los contextos necesarios, aunque no suficientes, del cambio real en las condiciones de vida de los ecuatorianos. En cuanto a lo primero, la institucionalización o reinstitucionalización del Estado, no solo implica desarrollar una nueva estructura estatal

6 Touraine, Alain. “Las condiciones, los enemigos y las oportunidades de la democracia”. *Democracia: principios y realización*. AA.VV. Suiza, Unión Interparlamentaria, 1998.

7 Castoriadis, Cornelius. “La democracia como procedimiento y como régimen”. *La strategia democratica nella società che cambia*. AA.VV. Roma, Ed. DataneWS, 1995.

o institucional plasmada en términos generales en la Constitución y desarrollada prolijamente en las normas secundarias,⁸ sino que, sobre todo se necesita establecer las condiciones objetivas y subjetivas que permitan elevar significativamente los niveles de respeto, vinculación y afecto que los ciudadanos y los poderes públicos y sus agentes tengan hacia las normas e instituciones definidas en la Constitución y en la ley.

Respecto de lo segundo, esto es, en cuanto a la ineludible y urgente constitucionalización del derecho, podemos afirmar que es el proceso a partir del cual un determinado ordenamiento jurídico, en este caso el ecuatoriano, comienza a ser interpretado y aplicado prioritariamente con base en el texto constitucional y en su interpretación en los casos concretos;⁹ lo cual implica que este se transforme en la norma básica a la cual se refieren obligatoriamente todas las demás normas y actividades públicas o privadas.

Esto no es una tarea fácil ni se puede generar por decreto, como tampoco se puede obligar a que ocurra. La constitucionalización del derecho que manda la Constitución ecuatoriana es ante todo un proceso de cambio cultural en los gestores y receptores de las normas,¹⁰ y como todo proceso de transformación de la cultura, un asunto largo y difícil, casi ciclópico, que en algunos casos se ha dado¹¹ y en otros a pesar de los ingentes esfuerzos nunca se producirá; puesto que para generar resultados definitivos demanda claridad conceptual, persistencia y tiempo. Es también una tarea titánica porque la materialidad, la eficacia y el potencial emancipatorio

8 Lo cual implica algo que no siempre se consigue: que las leyes de desarrollo efectivamente se ajusten a los escenarios constitucionales admisibles, así como a la interpretación conforme a los mandatos de la Constitución.

9 Esa constitucionalización del derecho conlleva, en cuanto a las fuentes, el desplazamiento del eje jurídico de la ley, hacia la Constitución y su garante: la justicia constitucional. Esto por supuesto va mas allá de un cambio en el orden jerárquico de las fuentes de donde emana lo que conocemos como derechos; implica una revisión y reformulación del concepto mismo y de la noción de lo que es y no es el derecho y su interpretación y aplicación.

10 Esta cultura o conciencia jurídica es la que define lo que es el derecho en el Ecuador, y es producto del proceso de transnacionalización de la codificación civil y del derecho administrativo francés en nuestro país, y está vinculada a una versión espuria del positivismo, que en su afán por independizar el derecho de la moral ha convertido al derecho en un espacio vacío totalmente alejado o indiferente de la realidad social que regula, y que identifica lo justo, si es que alguna vez se pregunta por aquello, con lo formalmente legal.

11 Este es el caso, por ejemplo y paradójicamente, de Colombia o Sudáfrica.

de la Constitución, y en especial de los derechos, depende en gran medida de que nos tomemos en serio, de que conozcamos y de que usemos sus normas en todos los ámbitos de la vida social comenzando por las nuevas leyes que se promulguen, pasando por las políticas públicas y terminando en los procedimientos jurisdiccionales que permiten garantizar y tutelar los derechos, mediante la intervención de los jueces.

La principal dificultad para lograrlo estriba en que tanto los legisladores, los administradores y los jueces y operadores jurídicos han sido formados, y se sitúan ideológicamente, por regla general, en el formalismo legal, que no es otra cosa que el culto acrítico a la ley y el desprecio a la Constitución y a los procedimientos constitucionales de garantía, que son tenidos como poco más que fórmulas retóricas, hojas de papel sin ninguna aplicabilidad.

En el caso particular del Ecuador, esta revolución cultural implica lograr, por primera vez en nuestra historia, que el derecho se cumpla efectivamente y no solo se obedezca formalmente como planteaban los castellanos del siglo XVI y aprendieron tan bien los mestizos andinos y los burócratas de nuestro país hasta hoy. Esta tarea que para algunos puede ser utópica o incluso imposible, dada la historia del país, es imprescindible y comienza por persuadir a los operadores jurídicos en todos los niveles que la Constitución no es el programa de un grupo hegemónico o partido determinado, sino una norma que pertenece a todos y que debe aplicarse a favor de todos y particularmente de aquellos que tienen menos poder, o condiciones para ejercerlo.

Sin embargo, en un contexto inicial de formalismo jurídico exacerbado como el que se vive en Ecuador, esta revolución y este cambio de paradigma deben ser pensados y ejecutados utilizando herramientas que entiendan y valoren aquellos a quienes, en principio, hay que persuadir. Si de lo que se trata es de propiciar el cambio en los jueces y operadores jurídicos, para hacer que estos ayuden a materializar la Constitución y no la dejen convertida en letra muerta, las herramientas tienen que estar conectadas más con la práctica concreta y cotidiana que con discursos y teorías grandilocuentes, sacadas de obras y autores prestigiosos, y en ese sentido es obvio que es necesario hacer un esfuerzo de explicación del nuevo paradigma jurídico plasmado en la Constitución desde la óptica y con la lógica de los procedimientos requeridos para llevarlo a la práctica.

Y en esto es evidente que el derecho procesal y concretamente el derecho procesal constitucional o el derecho constitucional procesal tiene un papel singularmente relevante y mucho que decir, pues son el instrumental esencial que, en un Estado jurisdiccional como el que pretende consolidarse en Ecuador, permite garantizar y ejecutar en la práctica tanto la supremacía de la Constitución como los derechos de quienes vivimos en esta parte del mundo.

A pesar de que mucho se ha escrito sobre el proceso constituyente y los fundamentos filosóficos e ideológicos que soportan el nuevo edificio constitucional, en la estricta materia del derecho constitucional procesal o procesal constitucional, aquí no afecta demasiado esa distinción ciertamente libresca, hay muy poco, por no decir ningún desarrollo teórico que merezca alguna consideración. Si hiciéramos un examen del “estado del arte”, una radiografía de los ríos de tinta jurídica que han corrido desde el 20 de octubre de 2008, fecha en que fue aprobada por el pueblo ecuatoriano la Constitución, llegaríamos a la preocupante conclusión de que por lo menos en el campo procesal constitucional la inmensa mayoría de las obras son trabajos descriptivos o que bien no cuentan con ninguna profundidad teórica, que por tanto no llegan ni siquiera a la categoría hoy tan poco apreciada en el mundo académico, de exegesis normativas; o bien examinan la Constitución y sus herramientas procesales con la lógica y a partir de los presupuestos ideológicos y teóricos que sustentan visiones del derecho totalmente incompatibles con el mandato constitucional de institucionalización y constitucionalización del derecho. Es más, en la gran mayoría de los casos se trata de compilaciones y trabajos parciales sobre la materia procesal constitucional que tienen como principal defecto el que no llegan a los problemas prácticos, por tanto, no sirven o ayudan poco en el cambio de mentalidad de los operadores jurídicos a los que van dirigidas estas obras.

En ese sentido, falta todavía en Ecuador una obra jurídica que explique de manera sencilla, pero lejos de la retórica de la sociología o la ciencia política, esto es desde una perspectiva interna del derecho y del ordenamiento jurídico, en qué consiste el cambio de paradigma que implica la adopción del llamado garantismo constitucional y sus implicaciones en materia procesal; se necesita además que este texto analice, crítica e integralmente, los elementos fundamentales de la materia procesal desde la

óptica de los prácticos del derecho; y que aborde y resuelva con profundidad analítica las cuestiones concretas a las que se enfrentan los jueces y operadores jurídicos de nuestro país.

Y esta es creemos la ventaja, la intención y la eventual importancia los tres tomos sobre *Apuntes del derecho procesal constitucional* que la Corte Constitucional presenta al público interesado en estas materias. Se trata, tal vez, de textos jurídicos que alejándose de una mal entendida neutralidad ideológica, analiza integralmente, desde la perspectiva de la dogmática constitucional y con profundidad analítica y una metodología clara, los principales institutos que conforman el derecho constitucional procesal o el derecho procesal constitucional ecuatoriano. Se defienden los presupuestos, los retos y los límites del llamado garantismo constitucional en la versión particular desarrollada en América Latina.

En ese sentido, si quisiéramos describir el linaje metodológico de la serie, podríamos decir que está conformada por obras pospositivistas, hechas para el uso cotidiano de los ecuatorianos y de quienes vivimos en Ecuador. Son además textos que pretenden superar tanto el formalismo ético y el positivismo teórico, cuanto el iusnaturalismo representado en los postulados de Ronald Dworkin y sus seguidores. En ese sentido aunque reconoce su deuda con los métodos y planteamientos de Robert Alexy y de su recepción en América Latina, no es una transcripción literal de este planteamiento. De esa forma, el texto y sus autores nos reconocemos como seguidores, en tanto podamos serlo, por el riesgo de vulgarización y mal entendimiento de sus formulaciones, tanto de los planteamientos del realismo jurídico norteamericano como de aquellos autores y teorías transnacionales del derecho que propugnan una relectura no colonialista e intercultural de los derechos humanos.

Estos libros además tienen un origen y una intención pragmática insoslayable: son el producto de un curso organizado en el año 2010 por el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional en asocio con la Escuela Judicial del Consejo de la Judicatura. Inicialmente se concibió como una memoria fiel de las intervenciones y conferencias dictadas por los miembros del área de capacitación del CEDEC, destinado al uso de los jueces y funcionarios judiciales que asistieron al curso; sin embargo en el trámite de la corrección de los materiales y con la aspiración de hacer inevitables correcciones y

precisiones, los materiales fueron convirtiéndose en ensayos con un nivel de profundidad y alcance teórico mayor, de tal manera que terminó convertido en una especie de manual introductorio al derecho procesal constitucional ecuatoriano, escrito con pretensiones didácticas pero también con una intención de sistematicidad, dada no solo por el tratamiento exhaustivo de los principales temas que conforman el nuevo ordenamiento jurídico ecuatoriano, analizados desde el punto de vista técnico jurídico, sino también un hilo conductor común definido por la apuesta política y metodológica por discutir las posibilidades prácticas del garantismo constitucional, en contextos institucionales difíciles como son la función judicial ecuatoriana.

Este proceso de transformación y enriquecimiento teórico que se refleja en los textos finales de estos libros ha sido posible a partir de la sistematización de las observaciones críticas y sugerencias de los participantes en el curso; así como de las conclusiones de un taller interno en donde se discutieron críticamente los materiales; a partir de allí se planteó un primer borrador de contenido y se distribuyó el trabajo entre los distintos autores, privilegiando la participación de aquellos que fueran funcionarios de la Corte Constitucional y docentes del curso. Una vez los autores entregaron sus textos, se hizo una lectura crítica de los mismos, se sugirieron correcciones y complementación y el resultado se pasó para una lectura final de algunos juristas y expertos procesalistas externos a la Corte, con el objetivo de aportar al documento la visión práctica de la que muchas veces adolecen los documentos jurídicos que tienen una pretensión teórica.

El resultado, siempre perfectible, son tres tomos novedosos organizados a partir de una revisión de las competencias fundamentales que la Constitución le atribuye a los jueces constitucionales ordinarios y a la Corte Constitucional, y tiene algunas ventajas respecto de otras obras nacionales que abordan la materia: en primer lugar los textos de derecho procesal constitucional ecuatoriano han sido pensados desde una visión y con una pretensión de completud, sistematicidad y exhaustividad, con lo cual hemos evitado las visiones unidimensionales, parciales y parcializadas de las distintas cuestiones jurídicas que se tratan en estos libros; por otra parte son libros de dogmática jurídica, que procuran mantenerse en lo que algunos autores denominan el análisis interno del derecho, pero que no por ello desconocen y eluden las necesarias y evidentes relaciones de lo

jurídico con otras disciplinas y ciencias sociales; también son documentos conformados en su mayoría por textos analíticos y argumentativos, y por tanto que en casi todos los casos van más allá de la mera descripción de normas a que nos tienen acostumbrados la manualística jurídica nacional; y además intenta abordar las instituciones procesales fundamentales desde una visión pragmática que responda a las dificultades prácticas que debe enfrentar y resolver el operador jurídico ecuatoriano.

Lo dicho hasta aquí no significa que estos libros sean un trabajo definitivo y como tal totalmente acabado. Faltan algunas cosas importantes como una discusión sobre algunos procesos y procedimientos especiales en materia de constitucionalidad; una revisión analítica sobre los principios procesales aplicables a los procesos constitucionales, entre otros. En ese sentido, se trata más bien de una propuesta para el debate y como tal una invitación a los juristas teóricos y a prácticos del derecho a acercar posiciones sobre la urgencia de revisar las miradas clásicas del derecho y una invitación a construir nuevo conocimiento sobre cuestiones y metodologías necesarias para llevar a buen término el objetivo fundamental del nuevo Estado ecuatoriano, que es como dice la Constitución hacer efectivos y eficaces los derechos constitucionales de todas y todos.

Juan Montaña Pinto

Director Ejecutivo del Centro de Estudios
y Difusión del Derecho Constitucional

Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales

Juan Montaña Pinto*

1. Introducción

El constitucionalismo contemporáneo no se puede comprender sin garantías de los derechos, de hecho, los mecanismos normativos, procesales y sociales que aseguran el cumplimiento de ellos, son el rasgo más distintivo del Estado constitucional e indican el claro avance que ha supuesto este modelo de Estado respecto del Estado legal —con su exacerbada preocupación por la ley incluso por sobre la justicia— y del Estado social, que a pesar de tener un amplio catálogo de derechos incluidos los sociales carecía de instrumentos que hagan posible su cumplimiento.

En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 incluye un conjunto amplio de garantías que integra distintos tipos o niveles de tutela jurídica para los derechos, así encontramos las garantías normativas, las institucionales, las jurisdiccionales y una verdadera innovación, las denominadas garantías relativas a las políticas públicas.

Tomando en cuenta estos antecedentes, el presente artículo describe y analiza las garantías recogidas en la norma constitucional, sus avances, sus finalidades, sus retos. Con este fin iniciaremos dilucidando lo que son las garantías constitucionales desde una perspectiva teórica, para luego adentrarnos en el estudio de las garantías recogidas en nuestra Constitución y la ley.

* Director Ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

2. ¿Qué son las garantías constitucionales?

Hablar de garantías constitucionales no tiene sentido si no se habla de derechos. Los derechos son concebidos, desde los comienzos de la modernidad, como aquellas facultades o poderes subjetivos que se constituyen en los límites básicos al poder y a la acción del Estado. En efecto, los derechos, desde su primera acepción, que proviene del primer contractualismo medieval,¹ en la visión de los contractualistas clásicos (Hobbes,² Locke,³ Rousseau⁴) son concebidos como límites a la acción y al poder estatal.

En ese sentido, el constitucionalismo no sería lo que es sin los derechos. De acuerdo con el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, “[t]oda comunidad en la que no esté establecida la separación de poderes ni garantizados los derechos carece de Constitución”; mientras que las democracias constitucionales contemporáneas se fundamentan en la consideración de que la garantía efectiva de los derechos y las libertades es la finalidad primera y primordial de la organización estatal.

Para cumplir con esta finalidad los Estados constitucionales tienen establecidos institucionalmente una serie de mecanismos jurídicos o instrumentos reforzados de protección que permiten o hacen posible evitar, mitigar o reparar la vulneración de un derecho establecido en la constitución, que se conocen como garantías. A tal punto son importantes estas garantías en el mundo jurídico contemporáneo, que son consideradas por la mayoría de los autores como el rasgo que diferencia al Estado constitucional de los anteriores modelos de Estado, y en tal virtud, sin ellas los derechos no serían más que declaraciones retóricas.⁵

Pero históricamente no siempre fue así: en los Estados de legalidad, (las versiones del Estado de derecho que rigieron en el siglo XIX), solo los derechos individuales tenían reconocimiento constitucional pero carecían

1 De Padua, Marsilio. *Defensor Pacis*. Columbia University Press, 2001, p. 2.

2 Hobbes, Thomas. *El Leviatán*. México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

3 Locke, John. *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*. Buenos Aires, Editorial Lozada, 2002.

4 Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*. Madrid, Editorial Sarpe, 1983.

5 Guastini, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Editorial Trotta, 2009.

de garantías; en los Estados sociales, por su parte, especialmente de los países centrales del capitalismo, como consecuencia del pacto capital-trabajo se amplía enormemente el catálogo de derechos con la incorporación, en todas las constituciones de la segunda posguerra, de un amplio listado de derechos económicos y sociales.⁶ Sin embargo, su garantía jurídica era totalmente insuficiente, porque en el mejor de los casos la teoría tradicional de los derechos consideraba garantías institucionales que tan solo definen deberes de actuación de los poderes públicos en la esfera socioeconómica, pero que como su nombre indica, no reconocen directamente pretensiones o facultades subjetivas a los ciudadanos.⁷

En los Estados sociales de mercado, aquellos aparecidos en el mundo entero a raíz de la “revolución conservadora” de los años ochentas del siglo pasado, estas condiciones de desjuridificación de los derechos sociales se agudiza a tal punto que las débiles garantías jurídicas de los derechos, desaparecen paulatinamente al ritmo de la retracción del Estado; y solo se recuperan en un sentido fuerte con la consolidación de lo que se ha dado en denominar los nuevos Estados constitucionales que han aparecido en el mundo entero y especialmente en Latinoamérica en los últimos 15 años donde todos los derechos, sin importar su origen, o ámbito de protección, están garantizados mediante distintos tipos de garantías constitucionales.

3. Los tipos de garantía en la nueva Constitución

Aparte de la garantía política general que representa la propia existencia del Estado de derecho, la teoría de los derechos reconoce distintos tipos o niveles de tutela jurídica para los derechos: en primer lugar están las garantías normativas, en segundo término están las garantías institucionales, y por último, se reconocen también las garantías jurisdiccionales.

6 Según la doctrina más aceptada, los derechos sociales pueden ser definidos en dos sentidos complementarios: a) En sentido *objetivo* pueden ser entendidos como el conjunto de normas que permiten al Estado desarrollar su función equilibradora de las desigualdades sociales; y b) en sentido *subjetivo* pueden entenderse como aquellas facultades jurídicas que tienen los individuos y los grupos para participar en los beneficios de la vida social. Sobre el particular véase Pérez Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Tecnos, 1998, p. 183.

7 *Ibid.*, p. 186.

En el caso ecuatoriano como veremos este conjunto de garantías se ve complementada por un tipo adicional de garantías relativas a las políticas públicas que se encuentran reconocidas en el artículo 85 de la Constitución promulgada el 20 de octubre de 2008.

3.1. Las garantías normativas. Son aquellos principios y reglas encaminadas a conseguir que los derechos constitucionales estén efectivamente asegurados como las normas que son, se limiten al mínimo sus restricciones, y se asegure su adecuado resarcimiento cuando se han producido daños como consecuencia de su vulneración por parte de los poderes públicos o sus agentes.

La principal garantía normativa es el conocido principio general de *supremacía de la constitución* en virtud del cual la Carta fundamental es la norma que prevalece sobre cualquier otra, por tanto, los ciudadanos y los poderes están sujetos al texto constitucional y al resto del ordenamiento. En el caso ecuatoriano esta garantía normativa está expresada de forma diferente en distintos enunciados normativos entre los que sobresalen el artículo 424 de la Constitución,⁸ y el artículo 3, numeral 1 del texto constitucional.⁹

Así mismo, existen otras garantías normativas como el *deber de respeto a los derechos* establecido en el artículo 11, numeral 9, según el cual “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Esta garantía normativa general se ve complementada por otro mecanismo de idéntica naturaleza: *la rigidez e inalterabilidad constitucional*, destinado a evitar la alteración del contenido e identidad de la propia Constitución. En el caso de los derechos esta garantía normativa se expresa en el procedimiento de reforma especialmente rígido del catálogo de derechos y en la *prohibición de restricción del contenido de los derechos*, establecida en el numeral 4 del artículo 11 de la Constitución.

8 El artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 dispone: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales. En caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.

9 El inciso 1 del artículo 3 de la Constitución establece que son deberes primordiales del Estado entre otros “Garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...”

Otra garantía normativa importante es la *obligación reparatoria* definida en el inciso 2 del citado numeral, que dispone la obligación del Estado de reparar las violaciones de los derechos derivada de las acciones u omisiones de sus agentes en ejercicio de sus cargos, o por la falta o deficiente prestación de servicios públicos.

Finalmente, con tal nombre *garantías normativas* los constituyentes de Montecristi establecieron un novedoso mecanismo, inédito en el país, que asegura la sujeción de la Asamblea Nacional, y de cualquier otro órgano que tenga potestad normativa reconocida por la Constitución, a los derechos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos,¹⁰ con lo que todo acto normativo está limitado por el contenido y eficacia de los derechos constitucionales.

3.2. Las garantías institucionales o extrajudiciales.¹¹ Son los mecanismos de protección que la Constitución otorga, no ya a los derechos constitucionales de las personas, sino a determinadas organizaciones o instituciones valiosas desde el punto de vista del constituyente, a las que asegura un núcleo o reducto indisponible para el legislador.

Ejemplos de este tipo de garantías, entre otros, el principio de separación de poderes, el reconocimiento del carácter laico del Estado, también conocido como separación entre iglesia y el Estado, el principio de legalidad, la existencia de un órgano independiente y autónomo (Corte o Tribunal Constitucional) que vigile la supremacía de la Constitución, y la labor del defensor del pueblo.

En cuanto al *principio de separación de poderes* se conoce en la doctrina como la segunda columna vertebral del Estado constitucional¹² y consiste en una forma de organización del poder soberano del Estado que mediante su separación en distintas funciones evita su acumulación en una sola persona o institución.

10 Textualmente el artículo 84 constitucional dictamina: "La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa, tendrá la obligación de adecuar formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales (...) En ningún caso la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución".

11 Sobre el particular véase Vila Casado, Iván. *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo*. Bogotá, Editorial Legis, 2007, pp. 521 a 527.

12 Salazar Ugarte, Pedro. *La democracia constitucional*. México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 87.

Como se sabe la primera versión de la teoría de la separación de funciones del Estado la encontramos en la obra de John Locke, pero fue Montesquieu el que en el siglo XVIII propondrá la formulación teórica de la separación de poderes que conocemos y aplicamos hoy en día. Para formar un gobierno moderado, nos dice el autor francés, “es necesario combinar los poderes, regularlos, temperarlos, hacerlos actuar, de tal forma que se dé un contrapeso a cada uno de ellos para que puedan resistir la fuerza y la voluntad del otro”.¹³

Esta doctrina se ha vinculado históricamente a la clásica división tripartita de las funciones estatales. Según esta teoría el poder se divide en tres ramas o funciones: a) la función legislativa que se encarga de la producción de normas generales y abstractas; b) la rama ejecutiva, encargada de ejecutar los mandatos de la ley y del resto de funciones residuales; c) la función judicial encargada de la aplicación de las normas en el caso concreto y de vigilar el cumplimiento estricto de las leyes por parte de los otros dos poderes.

Esta garantía institucional, sin embargo, ha sido modificada y relativizada en el derecho contemporáneo, pues hoy en día aparte de que no existen solo tres funciones del Estado¹⁴ cada una de las funciones tradicionales comparte con las otras algunas competencias que en la visión tradicional eran exclusivas de los otros poderes.

Respecto a la *separación entre Iglesia y Estado*, históricamente es un fenómeno que surge durante el Renacimiento y como resultado de las guerras de religión que siguieron a la reforma protestante; se consolida con la ilustración y el racionalismo llegando a ser una política oficial durante la Revolución francesa, la Independencia norteamericana y las revoluciones burguesas que deshacen la “alianza entre el trono y el altar”.

Desde el punto de vista jurídico, cuando hablamos de separación entre iglesia y Estado, nos estamos refiriendo a la garantía jurídica por medio de la cual se consigue que las instituciones públicas y las religiosas se mantengan separadas e independientes mutuamente, con el resultado de que cada una de ellas mantiene su autonomía para tratar los temas relacionados con sus esferas de influencia. Como resultado de la positivización de

13 Montesquieu. *El espíritu de las leyes*. México, Editorial Porrúa, 1971.

14 En el Ecuador, por ejemplo, existen dos funciones estatales más: la función electoral y la función de transparencia y control social.

tal garantía se logra el establecimiento de un Estado laico, y se inicia el proceso de secularización de una sociedad, mientras en el plano de los derechos esta garantía se manifiesta en el reconocimiento de la libertad de conciencia y de cultos.

En la actualidad, la separación entre la iglesia y el Estado se encuentra plasmada en la mayor parte de las constituciones de los estados constitucionales modernos. En el caso ecuatoriano esta garantía se encuentra reconocida en artículo 1 de la Constitución, en virtud del cual el Estado ecuatoriano es, entre otros rasgos, democrático, intercultural, plurinacional y laico. En cuanto atañe a esta última característica, los poderes públicos garantizan el laicismo y la ética republicana como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico.¹⁵

En cuanto se refiere al *principio de legalidad*, esta es una de las garantías más importantes del Estado liberal en su versión original, y consiste en la distinción y subordinación de la acción pública y judicial a la ley considerada en sentido formal. Implica como su nombre indica la preeminencia del poder legislativo respecto del resto de poderes y la supremacía de la ley respecto de los otros actos normativos del Estado, incluyendo los derechos constitucionales que solo son tales en virtud de que la ley así lo diga, lo mande y lo permita.

También existe una segunda acepción del principio de legalidad que lo entiende como aquel sometimiento de la administración (Ejecutivo) a la ley y se manifiesta en la conocida expresión según la cual: “El estado solo puede hacer aquello que está expresamente permitido en la ley mientras que los particulares pueden realizar todo lo que la ley no les prohíbe”.

La principal manifestación de la vigencia del principio de legalidad es justamente el principio de reserva de ley, según el cual existen algunas materias que por su importancia social o política el constituyente atribuye exclusivamente al legislador.

En el caso ecuatoriano, por ejemplo, la tipificación de delitos y sanciones, la creación o modificación de impuestos, la regulación de los derechos constitucionales y de cualquier actividad que tenga que ver con el ejercicio de los derechos, la regulación de la organización político-administrativa del país, entre otras, solo pueden ser reguladas por la ley.

15 Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículo 3, numeral 4.

Ahora bien, con el reconocimiento de la supremacía de la Constitución, el principio de legalidad, génesis y fin del Estado de derecho decimonónico se relativiza y se convierte en principio de juridicidad o constitucionalidad, en virtud del cual los atributos que antes se predicaban de la ley (imperatividad, generalidad, coercitividad, aplicación directa e inmediata) pasan a ser propiedad de la Constitución. A partir de ese momento la palabra ley no es sinónimo de ley en sentido formal, sino que hace referencia a todas las normas del ordenamiento jurídico.

En lo que se refiere a la garantía de *la existencia del control de constitucionalidad* en cabeza de un órgano autónomo llamado Tribunal o Corte Constitucional, que de acuerdo con la doctrina tiene como misión garantizar la supremacía de la Constitución y evitar la dictadura de la mayoría mediante controles que hagan presentes y efectivos los derechos de las minorías políticas.

Con independencia de las críticas recurrentes a las cortes constitucionales, debido al real o supuesto déficit democrático que aqueja a la justicia constitucional, es innegable que su existencia significa una transformación revolucionaria del aparato institucional del Estado, porque significa garantizar en los hechos el carácter normativo y la supremacía de la Constitución.

Finalmente, aparece una última garantía institucional: la figura del *Defensor del Pueblo* que ha sido concebida como una institución de protección extrajudicial de los derechos.

Como se sabe, la existencia de la Defensoría del Pueblo está inspirada en el modelo del *ombudsman* de los países escandinavos y que fue adoptado con importantes modificaciones por la Constitución española (art. 54) y mediante el constitucionalismo español pasó a las constituciones latinoamericanas de las últimas dos décadas.

En el caso ecuatoriano la Defensoría del Pueblo hace parte de la nueva Función de transparencia y control social¹⁶ y tiene como funciones principales la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, que incluyen la emisión de medidas de cumplimiento

16 Esta nueva función del Estado está conformada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado, y las superintendencias sobre el particular. Véase el artículo 204, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

obligatorio de los derechos humanos; el patrocinio de las acciones constitucionales; la investigación de acciones y omisiones de servidores públicos en relación con los derechos humanos constitucionalizados; y la vigilancia del cumplimiento estricto del derecho a la libertad, que incluye las acciones necesarias para evitar la tortura y los tratos crueles inhumanos y degradantes;¹⁷ así como solicitar a las autoridades las informaciones necesarias para el ejercicio de sus funciones sin que pueda oponérsele reserva alguna.

Es claro que en este contexto el Defensor del Pueblo realiza una importante función reguladora de la función administrativa en la medida en que esta puede llegar a vulnerar los derechos humanos, lo que incluye funciones de control y fiscalización sobre las actuaciones tanto de autoridades como de particulares que cumplan funciones públicas.

3.3. Las garantías de políticas públicas. La Constitución ecuatoriana de 2008 por medio de la figura de las garantías frente a las políticas públicas incorpora uno de los más importantes avances teóricos del nuevo constitucionalismo latinoamericano respecto de las constituciones europeas. Por primera vez en la historia constitucional del mundo se vincula la existencia de derechos con la operatividad y obligatoriedad de implementar políticas públicas, es decir que se constitucionaliza y normativiza con el más alto rango, la vinculación estrecha que en el Estado democrático existe entre derechos y política.

En ese contexto, en el Ecuador posterior al 20 de octubre de 2008, la formulación, ejecución y evaluación de políticas y servicios públicos debe orientarse necesariamente a la eficacia de los derechos del buen vivir, con la consecuencia de que si una política pública vulnera un derecho constitucional hay la obligación de cambiar o reformular la política pública, incluyendo la modificación del presupuesto, con la estrecha participación de los afectados.

Este discurso, por supuesto, representa un cambio copernicano respecto de la eficacia y naturaleza de los derechos sociales, y del discurso sobre carácter normativo y obligatorio de todo el ordenamiento constitucional que en el constitucionalismo europeo continental ha sido desconocido

17 Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículo 215.

por la consideración de la gran mayoría de los derechos sociales como meros principios o criterios subsidiarios de interpretación, mediante su consagración como normas de programación final y principios rectores del ordenamiento, mientras no sean desarrollados por el legislador secundario.¹⁸

A diferencia de lo que ocurre en el constitucionalismo social de los países centrales del capitalismo, en el modelo constitucional del Ecuador, versión 2008, los derechos del *sumak kawsay* no solo están reconocidos taxativamente como derechos públicos subjetivos, con todas las garantías que ello implica, y en tanto tales como facultades jurídicas que hacen parte del patrimonio de las personas, sino que están definidos en el llamado régimen del buen vivir como obligaciones directas del Estado, sancionables mediante las garantías establecidas en el artículo 85 constitucional.

El conjunto de garantías que hemos analizado, se pueden entender como garantías construidas a partir del modelo de separación de poderes, que esquemáticamente puede ser representado mediante la siguiente matriz:

Cuadro n.º 1
Garantías en función de la separación de poderes

Función Legislativa	Función Ejecutiva	Función Judicial	Función de Control Constitucional	Función de Transparencia y Control social
Garantías Normativas (art. 84, CRE)	Garantías de Políticas Públicas (art. 85, CRE)	Garantías Jurisdiccionales (arts. 86 a 84, CRE)	Garantías Institucionales y Jurisdiccionales	Garantías Institucionales

3.4. Las garantías jurisdiccionales. En las democracias constitucionales contemporáneas la forma de garantizar derechos más conocida es aquella que se ejerce ante la jurisdicción, comúnmente conocida como garantías jurisdiccionales de los derechos. Estas no son otra cosa que la posibilidad de ejercer el derecho de acción para lograr la tutela efectiva de los derechos. Y en cuanto tales son un conjunto de instrumentos procesales que

18 Al respecto véase el artículo 53, numeral 3 de la Constitución española.

—dentro del sistema jurídico estatal— cumplen la función de la tutela directa de los derechos constitucionales.

Esto tiene que ver asimismo con el nuevo papel que los jueces cumplen en las democracias constitucionales modernas. En efecto, la necesidad de garantizar institucionalmente los derechos humanos y la crisis del parlamentarismo racionalizado han producido un redimensionamiento de la función jurisdiccional dentro de la estructura del Estado: el juez ya no es más como pensaba Montesquieu, y los liberales del siglo XIX, la boca muda de la ley sino que se convierte en el protagonista de la acción del Estado, mediante el papel de garantes últimos de los derechos constitucionales, y con ellos las garantías procesales se convierten en un elemento esencial de este nuevo modelo.

Esta mutación en la concepción de la jurisdicción no ha sido, sin embargo, un proceso pacífico: los poderes públicos tradicionales, afectados por esta nueva cultura jurídica, ven con profunda desconfianza el nuevo rol de los jueces y han comenzando a plantear la necesidad de realizar reformas que limiten la autonomía del poder judicial y restauren el antiguo equilibrio entre poderes propio del liberalismo decimonónico.

Las principales garantías judiciales conocidas en los ordenamientos jurídicos occidentales son: el hábeas corpus, la acción de amparo, tutela o protección, el hábeas data, las acciones de grupo y el amparo contra sentencias judiciales. En el caso ecuatoriano las reformas del año 1996, posteriormente consolidadas en la Constitución de 1998, introdujeron en el plano constitucional este tipo de garantías jurisdiccionales, aunque lo hicieron de manera desordenada y asistemática, pues tan solo se reconoció la existencia del amparo constitucional, el hábeas corpus y el hábeas data.

En ese sentido, la Constitución de 2008 representa un avance sustancial frente a la anterior Constitución pues establece un amplio y completo catálogo de garantías jurisdiccionales organizadas, como se verá en el cuadro n.º 2, en función de los derechos protegidos.

Cuadro n.º 2

Derecho Protegido	Constitución de 1998	Constitución de 2008
Libertad y derechos conexos	Hábeas corpus administrativo	Hábeas corpus judicial
El resto de derechos constitucionales	Amparo preventivo y reparatorio	Medidas cautelares
		Acción de protección
Transparencia y acceso a la información pública	Amparo legal no constitucional	Acción de acceso a la información pública
Datos personales	Hábeas data judicial	Hábeas data judicial
Debido proceso judicial	No hay garantía judicial ni administrativa	Acción extraordinaria de protección
Seguridad jurídica (omisiones)	No hay garantía judicial ni administrativa	Acción por incumplimiento

4. Finalidad de las garantías jurisdiccionales

De acuerdo con el artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), las garantías jurisdiccionales buscan la *protección eficaz e inmediata de los derechos* reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

5. Características de las garantías jurisdiccionales

Según el artículo 86 de la Constitución, las garantías jurisdiccionales de los derechos tienen las características siguientes:

- Todas son acciones públicas y populares, de tal manera que cualquier persona, grupo de personas, pueblos o nacionalidades pueden interponerlas.
- Tienen un procedimiento sencillo e informal.
- El procedimiento de tramitación es oral, esto es, mediante de audiencias públicas.

- Para iniciar la acción y durante su tramitación son hábiles todos los días y todas las horas.
- El no cumplimiento de una garantía jurisdiccional conlleva la destitución del cargo por parte del funcionario renuente al cumplimiento.

6. Bibliografía

- Constitución de la República del Ecuador de 2008.
- De Padua, Marsilio. *Defensor Pacis*. Columbia University Press, 2001.
- Guastini, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- Hobbes, Thomas. *El Leviatán*. México, Fondo de Cultura Económica, 1980.
- Locke, John. *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*. Buenos Aires, Editorial Lozada, 2002.
- Montesquieu. *El espíritu de las leyes*. México, Editorial Porrúa, 1971.
- Pérez Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Tecnos, 1998.
- Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*. Madrid, Editorial Sarpe, 1983.
- Salazar Ugarte, Pedro. *La democracia constitucional*. México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- Vila Casado, Iván. *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo*. Bogotá, Editorial Legis, 2007.

La prueba en los procesos constitucionales: aproximaciones a los principales retos en el caso ecuatoriano

Angélica Porras Velasco*

1. Introducción

Desde la importancia capital que tiene la prueba en la teoría general del proceso, este tema ha merecido poca atención desde el derecho constitucional, por lo que existen una serie de vacíos al respecto que deben ser abordados. En este sentido, el presente trabajo busca señalar algunas líneas de debate sobre la prueba en los procesos constitucionales, a la luz del modelo constitucional ecuatoriano de Montecristi y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC). Con este fin me apoyaré en los desarrollos doctrinarios de derecho comparado más recientes, para luego avanzar hacia el análisis de la dogmática y normativa ecuatorianas.

Varios juristas, entre ellos Gozaíni, Ferrer Mac-Gregor, Anita Giacomette, entre otros, han señalado desde hace varios años ya, la necesidad de reformular los principios que regulan la prueba en general para adaptarlos a los procesos constitucionales. Esta adecuación se justificaría en la medida en que los fines perseguidos por los procesos ordinarios y constitucionales difieren, los ordinarios atienden y buscan resolver un conflicto de intereses de las partes, por tanto el juez está a lo dicho, probado y demandado por ellas (principio dispositivo). En cambio, los procesos constitucionales, además de intereses particulares, involucran intereses públicos que atañen al Estado (parte o no), y a cualquier otra persona, pues el interés va más allá de lo específico del caso y se sitúa en la

* Coordinadora del área de investigación e investigadora del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

preocupación por hacer efectiva la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos constitucionales.

Algunas modificaciones a los principios generales de la prueba con el fin de adaptarlos a los procesos constitucionales ya han sido recogidas por la normativa ecuatoriana aunque todavía quedan vacíos y algunas tensiones a ser resueltas.

2. Teoría de la prueba: algunas aproximaciones y reformulaciones

Cuando nos acercamos a un tema tan complejo como el de la prueba inmediatamente surgen varias preguntas referidas a la delimitación de sus contornos. Cuestiones como: qué es probar, qué se prueba, quién prueba, cómo se prueba y cómo se valoran las pruebas son asuntos que deben ser atendidos. Desde la teoría de la prueba, estas interrogantes han merecido desarrollos doctrinarios prolíficos y pueden ser rastreados hasta el mismo Derecho romano. Pese a esta riqueza no abundaré en esta materia sino más bien con una finalidad analítica, en tal sentido, este trabajo se limita a describir los rasgos más característicos de la prueba, echando mano de aquellas posiciones sobre las cuales se han generado amplios consensos.

2.1. ¿Qué es probar?

Para responder a esta pregunta es necesario referirse —aunque sea brevemente— a lo que se entiende por probar. Desde su acepción más general probar es “demostrar en algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación”,¹ en palabras de Couture; dicha afirmación supone “un método” de averiguación o de comprobación. Este autor diferencia entre los términos averiguación y comprobación, advirtiendo que el objeto de cada uno es diverso: la averiguación es la procura de algo, generalmente conocimiento de hechos, como en materia penal; y la comprobación es la corroboración de la verdad o falsedad² de las proposiciones

1 Couture, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Editorial IB de f, 2002, p. 177.

2 Como se podrá deducir estoy hablando no de una verdad absoluta sino de una formal que autoriza a actuar como si efectivamente el hecho existiera. Se trata entonces de la probabilidad o verisimilitud de la existencia del hecho, es decir, de las leyes físicas y naturales que lo hacen posible. Al respecto, véase Eduardo J. Couture, *op. cit.*, pp. 178-180.

alegadas en el juicio, como en materia civil.³ A pesar de la sencillez de lo afirmado, esta proposición no ha estado exenta de dificultades, hay un grupo importante de estudiosos de la teoría del proceso y de la prueba que consideran que solo los hechos se pueden probar no así las afirmaciones, porque incluso cuando se trata de probar la verdad de estas últimas, siempre se tendrá que recurrir a los hechos.⁴

Ahora bien, si se extrapola estos debates a la materia constitucional como bien subraya Rubén Hernández Valle “la demostración de la verdad de los hechos no tiene, por lo general, la misma trascendencia que reviste en otro tipo de procesos”⁵ esto es así para todo tipo de conflictos constitucionales aunque en diferente intensidad. En los procesos de carácter abstracto la prueba casi pierde toda su importancia, no así en los de garantías constitucionales en los que siguen teniendo trascendencia los hechos que dan origen a la acción u omisión que amenaza o viola los derechos constitucionales.

También ha merecido alguna atención teórica el papel o rol que juega la prueba en el proceso, desde esta perspectiva la prueba puede ser considerada como procedimiento, medio o resultado. Procedimiento en cuanto se refiere a una parte del proceso en la que actúan partes y juez; medio porque se refiere al conjunto de mecanismos (testigos, peritos, confesión, etc.) legalmente establecidos, con que cuentan las partes y el juez, para contribuir a formar la convicción en el juzgador que posibiliten su decisión y resultado, en razón de que la convicción en el juzgador solo es posible cuando se ha acreditado de manera fehaciente algo como cierto.⁶

El rol de la prueba, concebida esta como procedimiento, medio y resultado, tiene incidencia también en materia procesal constitucional, aunque con algunos matices. En cuanto al procedimiento la mayoría de las leyes y códigos de control constitucional en América Latina establecen los pasos y el trámite con el cual deben sustanciarse los procesos constitucionales en

3 *Ibíd.*, p. 178.

4 Alsina, Hugo. *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. III. Buenos Aires, Ediar, 1961, p. 239. Véase también De Santo, Víctor. *El proceso civil*, t. II. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000, p. 41.

5 Hernández Valle, Rubén. “La prueba en los procesos constitucionales”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (México D.F.), 5 (enero-junio 2006): 183-196.

6 Víctor de Santo, *op. cit.*, p. 8. También se pronuncian en este mismo sentido Hugo Alsina, *op. cit.*, p. 224 y Eduardo J. Couture, *op. cit.*, pp. 178 ss.

los que se contempla un momento oportuno para solicitar y practicar la prueba, aunque por lo general, con menos minuciosidad que en otras materias. No debe dejar de mencionarse que quizá la diferencia sustancial se encuentra en que en materia constitucional, sobre todo en el control abstracto, al tratarse de cuestiones netamente jurídicas —*lo que tradicionalmente se ha denominado de “puro derecho”*— el papel que juega la prueba es menos relevante, sin embargo de lo cual, se debe advertir, que dado el rol activo que se le reconoce al juez, este por lo general puede solicitar la práctica de todas las pruebas que considere pertinentes a fin de tener la mayor convicción posible al momento de decidir, lo cual se aparta de lo que sucede en otras materias en las cuales la facultad de los jueces para ordenar prueba distinta a la solicitada por las partes, tiene el carácter de excepcional y únicamente pueden hacerlo en circunstancias puntuales.

En cuanto medio, la prueba en los procesos constitucionales opera con similares principios que en otras materias, así por ejemplo, se suelen aceptar todos los medios de prueba con excepción de la absolucón de posiciones.

Finalmente, considerando a la prueba como resultado, caben los mismos alcances y límites en materia constitucional como en cualquier otra; de este modo, en los procesos constitucionales algo debe considerarse probado solo cuando se ha acreditado de manera fehaciente.

2.2. ¿Qué se prueba?

A nivel doctrinario se discute si solo los hechos o también las afirmaciones y el derecho se prueban. Así, existe en la teoría clásica un generalizado consenso de que el derecho no se prueba salvo excepciones muy concretas como el derecho extranjero, la costumbre jurídica y la vigencia de la norma en los casos en que dicha cuestión estuviese en discusión. La regla mencionada tiene su fundamento en la presunción de conocimiento del Derecho por parte de todas las personas; en ese sentido, probar el derecho sería una pérdida de recursos empleados en demostrar algo, que el propio ordenamiento jurídico, lo considera demostrado sin que sea admisible practicar prueba en contrario.

Como ya se dijo, existen dos posiciones bien marcadas respecto a lo que se puede probar, Couture señala que en derecho se prueba tanto las

afirmaciones como los hechos.⁷ En sentido contrario, De Santo sostiene que son los hechos y no las afirmaciones las que deben probarse.⁸ Esta aparente contradicción debe analizarse considerando algunos elementos: probar los hechos y probar las afirmaciones se sitúan en distintos niveles de consideración no por eso excluyentes unos de otros. En el primer caso hablamos de una reconstrucción a partir del intento de identificación de los elementos materiales envueltos en la situación específica de que se trate, es un proceso de descubrimiento que aunque incluye el carácter subjetivo de quien reconstruye, tiene como fin principal recoger los fragmentos particulares para desarrollar una idea de lo acontecido, podríamos decir, es un proceso inductivo.

En el caso de las afirmaciones, en cambio, partimos del lenguaje, que es el que establecerá los límites de lo que puede o no ser probado, independientemente de que hayan elementos materiales externos a lo alegado operando en sentido contrario; es decir, cuando se trata de afirmaciones la verdad a la que se puede arribar es de carácter formal como un “verificador de una operación anterior”: la afirmación.⁹ Quienes están en la posición contraria como De Santo plantean, en cambio, que inclusive en los casos en los que estamos frente a la prueba de afirmaciones, estas deben remitirse a los hechos,¹⁰ pues las afirmaciones derivan de los “hechos narrados” que son, en última instancia, los que se deben probar.

Pensamos que el nivel en el que se verifican ambos procesos es distinto: por un lado los hechos se expresan mediante una cadena lógica de sucesos que permite llegar a la convicción de que se dieron de esa manera (verdad histórica) y no de otra; en cambio, en el caso de las afirmaciones lo que se busca es que los elementos aportados como pruebas sean suficientes para generar el convencimiento de que es verdadera la afirmación, coincida o no con la verdad histórica.

En materia constitucional este debate pierde un poco el sentido, pues como dice Rubén Hernández Valle¹¹ en esta rama del derecho no tiene tanta trascendencia la prueba de los hechos lo cual, como ha quedado

7 Eduardo J. Couture, *op. cit.*, p. 178.

8 Víctor de Santo, *op. cit.*, p. 41.

9 Eduardo J. Couture, *op. cit.*, p. 180.

10 Víctor de Santo, *op. cit.*, pp. 41 ss.

11 Rubén Hernández Valle, *op. cit.*, p. 183.

dicho, se observa en el caso de los conflictos constitucionales abstractos en los que las partes involucradas aportan preeminentemente razones, argumentos e instrumentos orientados a lograr el convencimiento de que una norma infraconstitucional se opone o no a la Constitución, y solo muy ocasionalmente adquiere importancia probatoria algún hecho específico.¹² En cambio, para los casos de garantías constitucionales los hechos son importantes y son ellos los que deben probarse en la medida de que han dado origen a la acción u omisión que genera la violación o amenaza de los derechos de las personas.¹³

2.3. ¿Quién prueba?

La discusión en torno a quién le corresponde probar, lo que en materia procesal se denomina carga de la prueba, ha sido de larga data en la doctrina del derecho. En términos generales el principio sobre el que se sustenta la solución más ampliamente aceptada es que prueban las partes, pues a ellas les corresponde este deber para obtener éxito en el proceso. Sin embargo, esta enunciación que parece sencilla no lo es tanto, pues es imprescindible enfrentarse a cuestiones cómo: ¿cuál es la naturaleza de la carga de la prueba?, ¿es una obligación, un derecho, una potestad de las partes?, ¿a quién específicamente y en qué casos corresponde la prueba?, ¿puede el juez intervenir en la solicitud y producción de pruebas, etc.?

12 Giacomette Ferrer, Anita. “Valoración de la prueba por el juez constitucional”. *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, t. II. Coord. Víctor Bazán. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, p. 807.

13 Ahora bien, asumiendo que de todas formas los hechos deben probarse al menos en algunos procesos constitucionales, cabe aclarar en primer lugar qué se entenderá por ellos. Para Alsina, hecho es “todo lo que puede ser objeto de conocimiento”, entonces hay un sinnúmero de ellos: conductas humanas, hechos de la naturaleza, cosas u objetos materiales, persona humana, estados o hechos psíquicos del ser humano, entre otros. Realizada esta primera aproximación la cuestión que surge enseguida es respecto de los hechos que deben probarse. El punto ha sido respondido casi unánimemente, más bien desde una posición negativa, señalando cuáles son los hechos que no se prueban, integrando dentro de ellos a los notorios, los evidentes, los generales y los presumidos por la ley; en su defecto los que se prueban son todos los demás, siempre y cuando sean alegados por las partes y controvertidos ya que las pruebas deben ajustarse al asunto que se litiga y no ir más allá. Para Alsina, además se debe considerar la vinculación de los hechos a probarse con el derecho que se litiga, así señala que: “el hecho a probarse es aquél del cual emana o depende el derecho que se discute y que puede en consecuencia influir en la decisión final”. Véase Hugo Alsina, *op. cit.*, pp. 239 ss.

La carga de la prueba debe diferenciarse en primera instancia de la obligación: exige su cumplimiento, de no ser así acarrea sanciones; así mismo tratándose de la carga de la prueba, la parte puede no probar o allanarse a lo que dice la otra parte y a pesar de ello no ser sancionada. En palabras de Alsina la “prueba es para las partes una condición para la admisión de sus pretensiones y no constituye una obligación puede incluso renunciar a ella”.¹⁴

Respecto de la pregunta sobre a quién le corresponde probar, el principio general desde el derecho romano es que lo haga quien afirma los hechos, sin embargo esta máxima ha sufrido una serie de modificaciones. Por un lado la propia ley puede alterar la carga de la prueba atribuyéndola a quien niega un hecho. Por el otro, aunque el núcleo de este principio lo constituye que la carga de la prueba le pertenece solamente a las partes, como bien señala Couture, en los últimos años se ha confiado al juez una considerable iniciativa en materia probatoria incluso más allá de las acciones para mejor proveer¹⁵ en virtud del interés público de llevar a buen término el proceso.

De Santo abona también en esta dirección y plantea la cuestión de la carga de prueba en términos de los intereses públicos y privados inmiscuidos. Él dice que la carga de la prueba supone el interés de las partes de fundamentar sus pretensiones y el interés público asumido por el juez para aportar a la adecuada marcha del proceso.¹⁶ En ese sentido, el jurista señala que la carga de la prueba tiene una condición propia y no es ni obligación, ni derecho subjetivo, ni potestad, sino que constituye un conjunto de reglas de juicio y de conducta, de juicio para el juez en cuanto le indica cómo proceder cuando no halle prueba de los hechos sobre los que debe basar su sentencia, obligándole a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión aún cuando las partes no hayan aportado al respecto y reglas de conducta para las partes, porque les señala, indirectamente, cuáles son los hechos que cada una debe probar para evitar consecuencias desfavorables.¹⁷

En materia constitucional nuevamente caben reformulaciones. Por lo general, en materia de violación de derechos constitucionales la carga de

14 *Ibíd.*, p. 254.

15 Eduardo J. Couture, *op. cit.*, p. 198.

16 Víctor de Santo, *op. cit.*, pp. 216 ss.

17 *Ibíd.*

la prueba suele invertirse por vía normativa, es decir, en los procesos de garantías constitucionales la prueba le corresponde a quien está siendo accionado, sobre todo cuando es entidad pública, con el propósito de fortalecer la protección de los derechos constitucionales. En cambio, cuando se trata de conflictos abstractos, la prueba es de menor trascendencia y funciona el principio general con el único añadido de que el papel del juez en las pruebas se convierte en primordial.

2.4. ¿Cómo se prueba?

Existen al respecto dos grandes posiciones: aquella que considera el proceso de la prueba como una acción libre de las partes, abierta en la forma y desenvolvimiento, y la que plantea que se trata de una actividad reglamentada cuidadosamente por la ley, que otorga valor solo a aquellos elementos que se solicitan y producen conforme a ella. Sin embargo, considerando la preocupación que los ordenamientos jurídicos han puesto en regular las pruebas, ha sido la segunda posición la más aceptada. Al respecto, sobre todo ha merecido atención las reglas referidas a lo que Joan Picó i Junoy clasifica y denomina límites intrínsecos —propios de la actividad probatoria— y extrínsecos referidos a requisitos legales exigidos para su procedencia y actuación.

Los límites intrínsecos según el autor mencionado son principalmente la pertinencia, la utilidad y la licitud. La pertinencia es la relación entre los hechos probados y el tema sometido a decisión, la utilidad es el grado de contribución de la prueba al esclarecimiento de los hechos controvertidos, y la licitud a la concordancia constitucional, es decir, la garantía de no violación de ningún derecho constitucional.¹⁸

Los límites extrínsecos se dividen en generales y específicos. Los generales afectan a todo medio probatorio y están referidos a la temporalidad de la actuación de las pruebas y a la legitimidad de las partes. Los específicos en cambio se refieren a uno o algunos de los medios de prueba.

18 Picó i Junoy, Joan. “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”. *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Hector Fix Zamudio en sus 50 años como investigador de derecho*, t. X. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y otros. México, UNAM-IIIJ-Marcial Pons, 2008, p. 543.

Ejemplos de estos últimos son las regulaciones sobre pruebas de testigos o periciales.¹⁹

Precisamente estos elementos nos sitúan frente a la pregunta de si todas las pruebas pueden aceptarse o admitirse y en qué momento; para Couture resolver esta cuestión empieza por diferenciar entre las pruebas pertinentes y las admisibles, pues se trata de dos categorías diferentes. La pertinencia está determinada por las proposiciones o hechos que son verdaderamente objeto de prueba, en tanto que la admisibilidad tiene que ver con la capacidad de un medio determinado para acreditar un hecho. En ese sentido plantea que si se rechazara una prueba —antes de sentenciar— como si no correspondiera a la litis, el juez podría prejuzgar; puesto que no tiene en ese momento todos los elementos para decidir sobre la pertinencia o no de la prueba, salvo el caso, recogido en la mayoría de las legislaciones, para la prueba evidentemente impertinente que el juez puede inadmitir. Ocurre lo contrario en el caso de la admisibilidad, esta sí puede ser identificada al momento mismo de la producción de la prueba, como por ejemplo la prueba de testigos para acreditar la competencia de un oficio cualquiera, que debería estar encargada a peritos.²⁰

En materia constitucional caben algunas precisiones. Ninguna de las posiciones inicialmente enunciadas sobre la prueba —acción libre de las partes o reglamentada cuidadosamente por la ley— se aplican enteramente, en primer lugar los jueces cobran un nuevo rol en la producción de la prueba, incluso al margen o más allá de lo pedido por las partes; en segundo lugar, la reglamentación de la ley suele ser de carácter general, si bien se establecen ciertos límites se atribuye también una amplia atribución al juez para la valoración de la prueba. En definitiva, podría decir que el sistema probatorio en materia constitucional se podría denominar de libre acción del juez.

2.5. ¿Cómo se valora la prueba?

La primera cuestión a ser tomada en cuenta al respecto, es qué se va a entender por “valorar”; en términos generales, podríamos decir que es

19 *Ibid.*

20 Eduardo J. Couture, *op. cit.*, pp. 194-196.

otorgarle a algo “el valor que corresponde a su estimación”²¹ en lenguaje procesal se concreta en la “actividad del juez [...] de apreciar las pruebas conforme a las cuales debe fundamentarse su decisión judicial”.²²

Uno de los elementos que marca una mayor diferencia entre los procesos ordinarios y los procesos constitucionales es la valoración de la prueba. Al respecto se reconocen tres sistemas: el de íntima convicción, tarifa legal y sana crítica.

La íntima convicción supone una absoluta libertad del juez para formar su convencimiento sobre los medios de prueba aportados, es decir, no existen reglas predeterminadas que indiquen al juzgador cuál es el valor de cada prueba, sino que será su apreciación la que establezca el grado de convencimiento que cada medio de prueba le genere al juzgador. Históricamente se señala que este fue el primer sistema utilizado principalmente en la antigüedad de Roma.²³

El sistema que le sucede, en términos históricos, es el de tarifa legal que consiste en el establecimiento de condiciones y pesos específicos de valoración de la prueba por medio de la misma ley. También se ha denominado sistema de prueba tasada y se caracteriza porque el legislador señala para cada medio probatorio el grado de convicción que lleva aparejado, por ejemplo designando a unas pruebas como “plena prueba”. Aunque no es el sistema más común, hasta la actualidad siguen persistiendo rezagos del mismo. Su nacimiento y consolidación va de la mano de la adjudicación de la facultad jurisdiccional en el Estado.²⁴

Por último, tenemos el sistema más generalizado en la actualidad conocido como “sana crítica” que constituye un avance en relación de la íntima convicción, pues si bien el juez tiene la libertad de formarse su propia convicción personal, debe expresar suficientemente las razones por las que llegó a esa convicción, para lo cual deberá asistirse de las reglas de la lógica, experiencia y psicología al momento de valorar la prueba. La fundamentación de la valoración de la prueba que realiza el juez debe ser expresa, coherente y suficiente, es decir que debe motivar

21 Anita Giacomette Ferrer, *op. cit.*, p. 812.

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*, p. 809.

24 *Ibid.*, p. 811.

su decisión, de tal forma que la libre convicción se reemplaza con la persuasión racional.²⁵

Los procesos constitucionales también requieren la valoración de la prueba; en términos generales, es la regla de la sana crítica la que se aplica con algunas particularidades que serán mencionadas y estudiadas más adelante.

3. La prueba en los procesos constitucionales

La teoría general de la prueba, como se puede constatar con la breve referencia anterior, se muestra insuficiente para describir y explicar la prueba en los procesos constitucionales. Quizás una de las primeras cuestiones que hay que responder es la referida a ¿qué es la prueba en materia constitucional? Los desarrollos anteriores indican claramente que la prueba es analizada solo desde el punto de vista del derecho objetivo, ya sea como procedimiento, medio o resultado, dejando de lado la dimensión subjetiva. Esta omisión no se compadece con los avances más actuales del derecho constitucional, pues, una buena parte de la doctrina considera a la prueba no como una simple parte del proceso, sino como un elemento fundamental del debido proceso, por tanto, del derecho de defensa.²⁶ Precisamente en este sentido Couture señalaba: “la ley que haga imposible la prueba, es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa”.²⁷ Podríamos entonces sostener que el derecho a la prueba es también un derecho fundamental de contenido procesal.

Esta perspectiva exige la apreciación del derecho a la prueba tanto desde una visión objetiva (derecho positivo) como desde una subjetiva (facultad de las personas). Desde una perspectiva objetiva y retomando lo señalado por el Tribunal Constitucional español, el derecho a la prueba tiene una doble proyección, como parámetro de la constitucionalidad del

25 Anita Giacomette Ferrer, *op. cit.*, p. 811.

26 Véase al respecto Midón, Marcelo Sebastián. “El derecho a la prueba como contenido esencial de la Garantía del Proceso Justo”. *Proceso y Constitución*. Coord. Osvaldo Gozaíni. Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 398; así mismo se puede encontrar argumentaciones en ese sentido en Anita Giacomette Ferrer, *op. cit.*, pp. 806-807.

27 Couture, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Editorial Depalma, p. 66.

sistema jurídico y como derecho directamente ejecutable,²⁸ ambas garantizadas por los procesos constitucionales.²⁹

Si consideramos el aspecto subjetivo la prueba es un derecho, y por tanto una facultad que tiene el litigante para utilizar los medios probatorios que permitan formar en el juzgador la convicción de lo discutido en el proceso.³⁰ Este derecho tiene una triple dimensión: la admisión de los medios probatorios solicitados por las partes o su denegación motivada; la práctica o producción de los medios admitidos; y la valoración de los medios admitidos y producidos.³¹

Con el propósito de facilitar el análisis de las implicaciones de este debate en los procesos constitucionales, a continuación se estudiará la prueba a partir de la diferenciación entre los tipos de conflictos constitucionales: de control abstracto y de garantías jurisdiccionales.

3.1. La prueba en los conflictos constitucionales: abstractos y de garantías jurisdiccionales

En los conflictos abstractos se ha argüido comúnmente que la prueba no es necesaria, ya sea porque no hay partes en conflicto o porque no hay hechos que probar; sin embargo esta aproximación es errónea. Por un lado, como hace notar Anita Giacomette, si se pueden identificar partes procesales en los procesos constitucionales de carácter abstracto:³² la peticionaria y la autoridad, quienes si bien no aportarán —salvo excepciones— pruebas sobre los hechos, si harán peticiones y defensas propias a considerarse por el juez. Por otro lado, incluso se podría pensar que el juez es otra parte, ya que tiene una amplia capacidad de investigación para

28 En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español en sentencia n.º STC 51/1985 de 10 de abril.

29 Como sabemos lo que se busca mediante los procesos constitucionales es la garantía de la supremacía de la Constitución, tanto formal como materialmente respecto del resto del ordenamiento jurídico, por medio de los procesos de control de constitucionalidad y la protección de los derechos constitucionales por medio de las acciones constitucionales de garantía de los mismos.

30 Joan Picó i Junoy, *op. cit.*, pp. 528 ss.

31 Joan Picó i Junoy, *op. cit.*, pp. 537 ss; Marcelo Sebastián Midón, *op. cit.*, pp. 399-402; Oswaldo Alfredo Gozaíni, *op. cit.*, p. 799.

32 Anita Giacomette Ferrer, *op. cit.*

verificar la existencia o no de la contradicción constitucional, pidiendo de oficio la actuación de cualquier prueba, y por último, puede ser necesaria la concurrencia de pruebas sobre hechos, ya sean documentales, dictámenes de expertos, entre otras.

Eventualmente puede ser necesaria la actuación de pruebas referidas a hechos concretos, un ejemplo ilustrativo de este último caso es el control de constitucionalidad de los Estados de excepción en los que generalmente se debe constatar la existencia o no de conmoción interna, catástrofe natural, situaciones que se verifican a nivel de los hechos.

En cuanto a las garantías jurisdiccionales, si bien es común que se requiera de prueba, por cuanto existen partes procesales que plantean afirmaciones controvertidas, por la urgencia en la respuesta que se demanda del órgano jurisdiccional, la solicitud, admisión y práctica de la prueba suele estar exenta de la mayoría de formalidades.³³ Por este mismo hecho es común entre los requisitos de admisión, exigir que se anuncien las pruebas, sobre todo las de carácter documental.³⁴ Sin embargo, desde otra posición se subraya que los procesos constitucionales, cualquiera sea su tipo, no pueden olvidar o dejar de lado el debido proceso y siendo la prueba parte de él, mal haría el juez constitucional en negar el derecho a la prueba³⁵ si en su debido momento (admisión) no se la anunció. A pesar de lo indicado, en la práctica suele ser común que cuando se trata de un caso de garantías, surjan y se utilicen inmediatamente los principios del ámbito procesal civil tradicional, revirtiendo la eficacia del proceso constitucional, ya que se genera un “procedimiento de verificaciones que solo beneficia a quien produce, por acción y omisión el acto lesivo”.³⁶

Con razón al respecto Oswaldo Gozaíni afirma que la prueba en los procesos constitucionales tiene particularidades sobre todo en su objeto, la carga de la prueba y la apreciación de los medios de prueba.³⁷

33 “La idea que aflora de estos conceptos se concreta al sostener que el proceso no debe conducirse en términos estrictamente formales con menoscabo del valor, justicia y garantía de la defensa en juicio, y por ello, no debe desentenderse de la verdad jurídica objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como decisiva relevancia para la pronta decisión del litigio”. Oswaldo Alfredo Gozaíni, *op. cit.*, p. 800.

34 Oswaldo Alfredo Gozaíni, *op. cit.*, p. 797.

35 Anita Giacomette Ferrer, *op. cit.*, p. 826.

36 Oswaldo Alfredo Gozaíni, *op. cit.*, p. 798.

37 *Ibid.*, p. 789.

En cuanto al objeto de la prueba corresponde precisar los diferentes principios que subyacen el derecho a la prueba en el sistema ordinario y el constitucional.³⁸ En el primer caso, corresponde a las partes probar sus afirmaciones o confirmar sus versiones, casi siempre el fin último es declarar el derecho de una de las partes y por ende no el de la otra. En cambio, en uno constitucional no se busca probar la situación de hecho, sino principalmente la “crisis” —en la afortunada expresión de Gozaíni— del derecho constitucional amenazado o afectado.³⁹ De esto se deriva que las partes en los procesos constitucionales deben atender, no a un interés particular en la prueba sino a uno de carácter general, identificar las normas que sean contrarias a la supremacía de las normas constitucionales, o identificar si un acto u omisión pública o privada es una violación a los derechos constitucionales y repararlos.

Ahora bien, Hernández Valle hace notar que si bien el objeto principal de la prueba son los hechos, en materia constitucional esta es una actividad complementaria de otra que es la de las alegaciones, pero los hechos no desaparecen ni siquiera en los conflictos de carácter abstracto, ejemplos de ello son los casos de declaración de estado de excepción o en materia de acciones de inconstitucionalidad cuando se alega la violación del principio de igualdad o de razonabilidad y cuando se invoca una costumbre constitucional como parte del parámetro de constitucionalidad.

La violación del principio de igualdad supone que el actor o quien tenga la carga de la prueba demuestre “la existencia de un trato diferenciado [hechos] discriminatorio autorizado por la norma impugnada”.⁴⁰ En cuanto a la razonabilidad, como se sabe, ella se puede establecer mediante un análisis de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, en este caso el juez requiere que las partes y el mismo aporten y busquen pruebas con base fáctica, pues caso contrario sería muy difícil probar estas tres características.⁴¹ En cuanto a la costumbre constitucional es generalmente aceptado que la costumbre jurídica debe probarse.

38 Principios como el de eficacia jurídica, unidad de la prueba, comunidad de la prueba, interés público de la prueba, lealtad y probidad o veracidad de la prueba, contradicción de la prueba, publicidad de la prueba, legitimación de la prueba, preclusión de la prueba, libertad de la prueba, pertinencia e idoneidad, de carga de la prueba, resultan reformulados para los procesos constitucionales. Para revisar estos principios y su reformulación se remite al lector al texto de Rubén Hernández Valle, *op. cit.*, pp. 184 ss.

39 Oswaldo Alfredo Gozaíni, *op. cit.*, p. 789.

40 Rubén Hernández Valle, *op. cit.*, p. 189.

41 *Ibid.*, p. 190.

Para los casos de garantías constitucionales, aunque en inicio podría parecer que para estos basta la aplicación directa de los principios y reglas de los procesos ordinarios no es así, ya que algunos de estos se modifican: disminuye la trascendencia de la prueba aunque esta no desaparece; aumenta el papel del juez en la solicitud de pruebas y en ocasiones se invierte la carga de la prueba en contra de la administración pública. En los procesos de garantías no “se discuten cuestiones atinentes a la titularidad de un derecho, sino más bien el modo de restablecer su ejercicio. Por ello, para acreditar la lesión o la amenaza denunciadas no se debe acudir a un intenso debate probatorio, lo cual es propio de los procesos ordinarios”.⁴²

Para referirse a las diferencias de la concepción de la carga de la prueba, Gozáni sostiene que la teoría general no es suficiente, pues el principio de que quien afirma que un derecho le ha sido vulnerado debe justificar la titularidad y la privación, debe ser reformulado cuando se trata de cuestiones constitucionales abstractas con efectos *erga omnes*, ya que este principio queda desplazado en alguna medida por la responsabilidad que tienen tanto el juez como las partes, para orientar su actuación a la protección de los derechos constitucionales y la supremacía de la Constitución, fin último de la actividad constitucional. Nuevamente es necesario recalcar el papel que adquiere el juez, pues si bien las partes deben hacer los aportes probatorios tendientes a convencer al juez de sus dichos, el juez debe por su parte recabar nueva información y ordenar las pruebas que considere necesarias.

En el caso de los procesos de garantías constitucionales en ciertas ocasiones —dependiendo del sistema jurídico de que se trate— se invierte la carga de la prueba en atención a mejorar la protección de derechos constitucionales y dar las mayores facilidades al afectado de una violación de derechos humanos, para poder tener éxito en su alegación.

En cuanto a la valoración de la prueba nuevamente nos encontramos con principios que no son aplicables a los procesos constitucionales, como por ejemplo aquel que sostiene que la falta de prueba deriva en una sentencia desfavorable para la parte que no ha probado, ya que si bien la aplicación de este principio es comprensible en materia ordinaria, hay que recordar que el objetivo último en los procesos constitucionales es la protección de los derechos y hay un presupuesto procesal que se impone, el

42 *Ibid.*, p. 184.

principio *pro homine*, por el cual en caso de duda se debe decidir siempre por la protección del derecho.⁴³

Otra materia de relevancia es la motivación de la prueba. Para Anita Giacomette esta no solamente cumple un fin psicológico de justificación y persuasión de la justicia en la decisión judicial, sino que permite a las partes la verificación de la racionalidad del razonamiento judicial, con el fin de poder identificar en él eventuales defectos que justifiquen una impugnación,⁴⁴ este sería el verdadero fin jurídico de la motivación.

En materia de procesos constitucionales abstractos hablamos de una libre valoración del juez pero conforme a las reglas de la sana crítica, que son en esencia reglas del correcto entendimiento humano, que unen lógica y experiencia del juez. Cuando se habla de la discrecionalidad del juez constitucional en la admisión e interpretación de la prueba, no se trata sino de la liberación de la estricta forma y de los principios procesales propios del derecho civil, su actuación es más libre pero no por ello arbitraria, ya que siempre deberá estar suficientemente motivada.

En el caso de los procesos de garantías se acudirá también a los principios de la sana crítica, considerando que las apreciaciones que haga el juez sobre la prueba, corresponden a su autonomía y en esa medida no son objeto de una posterior acción constitucional concreta, salvo que se desconozcan las pruebas válidamente actuadas y se afecte al debido proceso.⁴⁵

En conclusión, podemos considerar que no todas las cuestiones que resuelve el juez constitucional son cuestiones de mero derecho ni de naturaleza teórica. Si bien es cierto en algunos casos las partes tienen un interés, este no es solamente particular, sino además público, ya que hay un interés del Estado para llegar a la conclusión más favorable a la vigencia de la Constitución, sin perjuicio de que las partes pueden apoyar la generación de pruebas para arribar a esa meta.

Antes de terminar esta aproximación se hace imprescindible una referencia a los casos generados a propósito de la “cuestión de inconstitucionalidad” que merecen un estudio un poco más detallado. Para adentrarse

43 Oswaldo Alfredo Gozáini, *op. cit.*, p. 802.

44 Anita Giacomette Ferrer, *op. cit.*, p. 818.

45 *Ibid.*, p. 826.

en este tema Gozáni inicia con un breve recuento de los dos sistemas de control de constitucionalidad de las leyes: el que denomina *camino europeo* que proponía casi absolutamente que la prueba no es necesaria en los casos de control abstracto de contitucionalidad, por tratarse de una cuestión de *supremacía de normas* en la que la prueba cedía paso al deber de verificación, y, por otro lado, el *judicial review*, por el cual los jueces controlan la constitucionalidad de las leyes partiendo de un conflicto intersubjetivo —casos concretos— al cual se le deben aplicar las reglas comunes del derecho civil.⁴⁶

En el caso latinoamericano la cuestión cambia un poco, pues por la naturaleza de la *cuestión de constitucionalidad* se originan dos procesos: uno de carácter ordinario y otro meramente constitucional, derivado de la consulta que hace el juez respecto de la constitucionalidad de la aplicación de una norma legal determinada a propósito de un caso concreto que estaba en su conocimiento. En este caso el problema de la prueba cobra nuevos ribetes, pues esta modalidad de control constitucional, si bien tuvo su origen en un proceso jurisdiccional ordinario, posteriormente pasa al conocimiento de un órgano concentrado encargado de hacer el análisis de constitucionalidad de la norma. Ahora bien, al respecto se plantean dos tendencias, aquella que sostiene que este análisis es abstracto, por tanto, no cabría prueba salvo los casos ya expuestos,⁴⁷ y aquella que considera que el análisis de constitucionalidad siempre tendrá referencias a los hechos originarios, pues se trata de una discusión en torno a la aplicabilidad de una norma en un caso concreto, es decir, una determinada interpretación de la disposición y no la disposición jurídica en sí considerada en abstracto. Aunque esta última posición parece la más acertada, la situación de la prueba se asemeja mucho a la primera, pues aunque lo que se analice sea una determinada interpretación de la norma aplicable a una situación concreta, la verificación de la constitucionalidad se produce en base a lo afirmado por el juez que eleva la consulta, siendo por tanto innecesario la prueba de los hechos relatados por el juez, ya que el órgano concentrado encargado del análisis de la constitucionalidad, parte de la presunción de que dichos hechos son ciertos.

46 Oswaldo Alfredo Gozáni, *op. cit.*, p. 794.

47 *Ibid.*

4. La prueba en los procesos constitucionales en Ecuador

4.1. El derecho a la prueba

La Constitución de Montecristi en el artículo 76 bajo la denominación de derechos de protección recoge las garantías que aseguran el debido proceso,⁴⁸ entre ellas, algunas respecto de la prueba. Con fines analíticos podríamos distinguir tres dimensiones sobre la prueba que toma en cuenta el constituyente: la prueba como parte del debido proceso, las limitaciones a la producción de la misma y la prueba como medio.

El literal h del numeral 7 del artículo 76 señala que el derecho a defensa incluye “presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”.⁴⁹ Es decir, mediante disposición expresa la Constitución reconoce el derecho a la prueba como un derecho constitucional de carácter procesal y por tanto tutelado por una garantía jurisdiccional, en este caso, la acción de protección o la acción extraordinaria de protección, dependiendo de si la violación de dicho derecho se produce a propósito de un procedimiento administrativo o jurisdiccional, respectivamente.

La relevancia de la prueba como derecho es afirmada por la LOGJCC en el artículo 4, numeral 1 y 9 al consagrar que las normas del debido proceso se respetarán en todos los procesos constitucionales, y que los jueces tienen la obligación de motivar sus decisiones lo que incluye, desde luego, la motivación en torno a la valoración de la prueba.

La Constitución también recoge las limitaciones en la producción de la prueba, al disponer en el numeral 4 del artículo 76 que las pruebas obtenidas en contradicción con la Constitución y la ley carecerán de validez y eficacia jurídica.⁵⁰ Esto como ya se señaló con anterioridad, constituye un límite intrínseco de la prueba, ya que esta solamente será válida si ha sido solicitada, ordenada y practicada sin violentar las disposiciones constitucionales y legales.

48 Constitución de la República del Ecuador.

49 *Ibid.*

50 *Ibid.*

Una tercera dimensión está en la consideración de la prueba como medio, literales e) y j) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución.⁵¹

La relevancia de la prueba en los procesos —y como derecho en general— está además reforzada por los principios recogidos en el capítulo cuarto de la Constitución referido a la Función judicial, sobre todo en el artículo 169 que sostiene que el sistema procesal es un medio de justicia que hará efectivas las garantías del debido proceso.⁵²

4.2. La prueba en los procesos constitucionales

Para analizar este aspecto hay que tomar en cuenta tanto las normas constitucionales como las legales contenidas en la LOGJCC. Al respecto cabe, en primer lugar, señalar que haciendo una primera revisión de las disposiciones normativas mencionadas, se evidencian algunas tensiones que deben ser aclaradas considerando los tipos de procesos involucrados.

4.2.1. Prueba en los conflictos abstractos

Como se ha dicho, cuando se trata de procesos constitucionales de carácter abstracto, la demostración de los hechos no tiene la misma relevancia que en otros procesos de carácter no constitucional o en aquellos constitucionales referidos a la protección de derechos constitucionales.

En efecto, cuando se trata de conflictos constitucionales en abstracto, lo que importa es analizar si dicha disposición entra o no en contradicción con las normas constitucionales. Vistas así las cosas, cabe recordar que según lo establece el artículo 74 de la LOGJCC, los procesos constitucionales de control abstracto están encaminados a garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico por medio de la identificación y la eliminación de las normas jurídicas incompatibles con las normas constitucionales.⁵³ La ley es muy detallada en cuanto a los procesos que

51 *Ibíd.*

52 *Ibíd.*

53 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 74.

forman parte de este tipo de control, incluye en ellos los siguientes: control constitucional de las enmiendas y reformas constitucionales, control constitucional de tratados internacionales, control constitucional de las disposiciones legales de origen parlamentario, control constitucional de los Estados de excepción, control constitucional de los mecanismos de participación directa, control constitucional de omisiones normativas, control constitucional de las leyes objetadas por el presidente de la República, control constitucional de los estatutos de autonomía, control constitucional de los actos normativos no parlamentarios y actos administrativos de carácter general,⁵⁴ y en general ha dispuesto un capítulo de normas comunes de procedimiento en el que se plasma la concepción del legislador respecto de la prueba.

La primera cuestión que salta a la vista es que en estas normas contenidas en los artículos 77 al 98 de la LOGJCC no se hace mención expresa a la prueba, lo que podría significar que efectivamente el legislador consideró que no existen pruebas en ellos; sin embargo, a esta percepción inicial caben hacer algunas precisiones. Si bien es cierto no se encuentran disposiciones expresas sobre la prueba, si se reconoce al juez la potestad de recabar la información que considere necesaria y pertinente para la resolución del proceso,⁵⁵ que se traduce en la posibilidad de solicitar informes técnicos a entidades públicas, organizaciones privadas, universidades, entre otros. Si bien es cierto en estricto sentido estas no son pruebas, si aportan a la clarificación y resolución de las acciones.⁵⁶

Otra cuestión importante de mencionar es que en los Estados de excepción, el artículo 121 de la LOGJCC, aunque no habla expresamente de prueba, si le impone a la Corte Constitucional la obligación de verificar que los hechos que motivaron la declaratoria realmente hayan ocurrido.⁵⁷

54 *Ibid.*, arts. 74-140.

55 *Ibid.*, arts. 86 y 87.

56 *Ibid.*, art. 86.

57 *Ibid.*

4.2.2. La prueba en la cuestión de inconstitucionalidad

Como se conoce, la cuestión de inconstitucionalidad es la potestad del juez, dentro de un proceso ordinario, para elevar en consulta a la Corte Constitucional (en el caso ecuatoriano) una norma que considera es contraria a la Constitución. La doctrina señala que la cuestión de inconstitucionalidad genera dos juicios, uno, el proceso ordinario del juez a quo en el que surge la duda de constitucionalidad y, dos, el planteamiento de la cuestión ante la Corte Constitucional que desencadenará un proceso constitucional ante el juez *ad quem* cuya finalidad es establecer si la norma es constitucional o no.⁵⁸ En este caso, en principio quedaría relegada la prueba pues estaríamos frente a una cuestión abstracta de constitucionalidad, sin embargo, Pizzorusso, Calamandrei y María del Carmen Blasco entre otros, sostienen que la cuestión de inconstitucionalidad es control concreto aunque con una doble naturaleza, en la medida en que busca que la norma que se vaya a aplicar sea constitucional y también porque introduce los intereses (no las pretensiones) de las partes (incluido el juez) de que se aplique una norma constitucional a un caso concreto. A pesar de esto como se dijo con anterioridad, aunque esté involucrada una situación concreta en cuanto se analiza la interpretación aplicable a la misma, la verificación de la constitucionalidad se realiza a partir de lo afirmado por el juez, entonces, los hechos no entran en discusión porque se presumen son tales, conforme lo narrado por el juez.

Ahora bien, en el caso ecuatoriano no existe ninguna disposición sobre las reglas que se aplicarán a la prueba en estos casos. Pero, al analizar los artículos 141 y 142 de la LOGJCC parecería que el legislador optó por dar a la cuestión de constitucionalidad el mismo tratamiento en materia probatoria que a los procesos abstractos de control en los que no cabe prueba.

4.2.3. La prueba en los procesos de garantías constitucionales

Respecto de la prueba en materia de garantías constitucionales es menester mencionar la amplia potestad que se da al juez para participar en la solicitud y práctica de las pruebas. Esta nueva actividad hace que se abandone el principio dispositivo común a todas las materias, por el cual el juez

58 Oswaldo Alfredo Gozaíni, *op. cit.*, p. 796.

tenía un papel pasivo en la solicitud y producción de la prueba, negándole expresamente la posibilidad de desviarse de los hechos alegados y la prueba aportada por las partes. El artículo 86, numeral 3 de la Constitución, que recoge disposiciones generales comunes a los procesos de garantías constitucionales, otorga una amplia capacidad investigadora al juez, autorizándole para que en cualquier momento del proceso, ordene práctica de pruebas y designe comisiones para recabarlas. Dicha disposición constitucional se encuentra apuntalada por el artículo 16, inciso segundo de la LOGJCC que reconoce esta capacidad en similares términos que la Constitución, añadiendo la obligación de que si las pruebas fueran solicitadas en la audiencia, se fije un término para su presentación.

Entre tanto, el artículo 14 de la LOGJCC le faculta al juez a suspender la audiencia cuando considere que se debe realizar y practicar pruebas. En definitiva el rol del juez es trascendental en la prueba en los procesos de garantías.

Una cuestión muy relevante es la referente a la carga de la prueba en los procesos de garantías jurisdiccionales. El mismo artículo 86, numeral 3 de la Constitución incluye un principio de inversión de la carga de la prueba en los casos en que quien fuera demandado sea una entidad pública, es decir, en los demás casos en que el demandado es un particular operará el principio general de que quien afirma prueba, recogido además en el artículo 16 de la LOGJCC, con la ampliación de que tal inversión también operará, aunque el accionado sea un particular, si la alegación se refiere a hechos discriminatorios o atentados contra los derechos del ambiente o de la naturaleza.

La inversión de la carga de la prueba contenida en el artículo 86 numeral 3 obliga a la entidad pública a la demostración de que no ha cometido violación de los derechos constitucionales. En este aspecto el artículo merece algún análisis, por lo que para una mejor comprensión, transcribimos la parte pertinente a la inversión de la carga de la prueba.

Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información.⁵⁹

59 Constitución de la República del Ecuador de 2008.

Salta a la vista la mutación del principio de derecho ordinario por el cual quien afirma debe probar sus dichos; el artículo analizado deja de lado este principio y establece una presunción respecto a los hechos considerados probados, estos serán los del accionante cuando no se demuestre lo contrario. Sin embargo, esta presunción no es absoluta sino relativa, admite prueba en contrario de la entidad pública.

Ahora bien, el agregado final del artículo merece un estudio más detallado, la redacción indica que también procedería la presunción a favor del accionante cuando la entidad pública no “suministre información” y aquí nos enfrentamos a varias interpretaciones del sentido que se le puede dar a esta expresión. La exigencia que se deriva para la entidad pública es: o bien que demuestre que los fundamentos del actor no son los que él señala (no demuestre lo contrario), o bien, que no entregue información. Ambas posibilidades no pueden tener la misma consecuencia, pues si fuera así, llegaríamos al absurdo de que para dos niveles de exigencia distintos habría las mismas consecuencias, no es lo mismo requerir la prueba en contrario de algo que solamente es información del hecho o cuestión estudiada, a sabiendas de que esta última puede o no hacer prueba. Además esto beneficiaría al accionado pues le daría la posibilidad de evitar las consecuencias de la carga de la prueba —admitir como ciertas las alegaciones del actor— solo con presentar información y no probar lo contrario de lo alegado por el primero.

Esta situación nos obliga a buscar otras interpretaciones a esta norma, para lo que se requiere analizar el artículo completo. La primera parte de la disposición constitucional faculta al juez para ordenar la práctica de pruebas que considere convenientes en cualquier momento del proceso.⁶⁰ Quizá si suponemos que la entrega de información es el resultado de esta potestad del juez podría explicarse de mejor manera esta disposición. De todas formas hay que reconocer que esta interpretación también genera problemas de coherencia; en primer lugar la norma no manifiesta en ningún momento la especificidad de la solicitud de información como solicitud del juez, y lo más complicado y de fondo es, que si esta interpretación fuera plausible, proviniendo la solicitud del juez, puede o no ser congruente con las proposiciones del actor. En ese sentido, carecería de

60 *Ibid.*

eficacia, ya que al menos en ciertos casos, equivaldría a presumir los hechos no afirmados por el actor sino por el propio juez.

A esta situación debe agregarse que el artículo 16 de la LOGJCC se encuentra redactado de tal manera, que a primera vista parecería que consagra el principio contrario con respecto a la carga de prueba, pues empieza señalando que:

La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto los casos en que se invierte la carga de la prueba...⁶¹

Sin embargo, al realizar una interpretación acorde con el artículo 86, numeral 3 de la Constitución, si bien la redacción de la norma legal anotada no es la más adecuada, la única interpretación constitucionalmente válida es que la carga de la prueba solamente se invierte en los casos en que la Constitución así lo prevé, que en realidad constituyen la generalidad de los casos, pues como ha quedado anotado, son todos aquellos en que el accionado es una entidad pública o un particular al cual se le acusa de actos discriminatorios o de violaciones a los derechos del ambiente y la naturaleza. Por lo tanto, si bien la norma legal se encuentra redactada como si la inversión de la carga de la prueba fuera una excepción, la realidad es que es la regla general y la excepción es que no se invierta.

Cabe mencionar además que la LOGJCC en el artículo 16 hace una referencia a la pertinencia y constitucionalidad de las pruebas cuando señala que el juez solo podrá negarla cuando haya calificado de inconstitucional o impertinente. Como ya lo habíamos anotado la pertinencia solo puede ser calificada al momento de la valoración de las pruebas y no a priori, cosa que si podría ocurrir con la inconstitucionalidad.

Para finalizar, es necesario aclarar que no hay referencias a la prueba, además de las señaladas, ni en la Constitución ni en la ley para los diferentes procesos de garantías jurisdiccionales con excepción de las medidas cautelares en las que claramente se indica que no hacen falta pruebas, pues por la naturaleza “cautelar” de las medidas, se requiere que el juez de forma emergente, sin trámite ni formalidad alguna, se pronuncie en función de la petición del accionante en el menor tiempo posible para evitar de esa forma que se consuma la violación de un derecho fundamental.

61 LOGJCC, artículo 16.

5. A manera de conclusión

Es necesario advertir que un tema tan trascendental como el de las pruebas en materia constitucional ha sido poco abordado en el Ecuador, a tal punto que la doctrina y el análisis normativo son escasos a pesar de que la Carta constitucional de Montecristi está empeñada en fortalecer la supremacía de la Constitución y dar énfasis a las garantías de los derechos, por tanto, a los procesos constitucionales. Es entonces necesario tomar en serio y con profundidad las cuestiones que derivan de la aplicación de los principios clásicos del derecho y la teoría de la prueba a la justicia constitucional con el fin de hacerla cada vez más efectiva.

Tanto nuestra Constitución como la ley han sido bastante austeras en la regulación del tema de la prueba en materia constitucional, por lo que prácticamente lo dejan en manos de los jueces quienes deberán hacer una interpretación conforme al espíritu garantista de la Constitución para la aplicación de las normas relacionadas.

En definitiva es menester profundizar el debate y encontrar vías para hacer efectivo el derecho a la prueba y el debido proceso en los procesos constitucionales.

6. Bibliografía

- Alsina, Hugo. *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. III. Buenos Aires, Ediar, 1961.
- Bonner, Eduardo. *Tratado de las pruebas*. Bogotá, Editorial Leyer, 2007.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Editorial IB de f, 2002.
- De Santo, Víctor. *El proceso civil*, t. II. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000.
- Eduardo Couture. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Depalma.
- Giacomette Ferrer, Anita. “Valoración de la prueba por el juez constitucional”. *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, t. II. Coord. Víctor Bazán. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

- Gozáini, Oswaldo Alfredo. “La prueba en los procesos constitucionales”. *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, t. II. Coord. Víctor Bazán. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
- _____. *Proceso y Constitución*. Buenos Aires, Ediar, 2009.
- Hernández Valle, Rubén. “La prueba en los procesos constitucionales”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2006.
- Midon, Marcelo Sebastián. “El derecho a la prueba como contenido esencial de la Garantía del Proceso Justo”. *Proceso y Constitución*. Coord. Oswaldo Gozáini. Buenos Aires, Ediar, 2009.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Picó i Junoy, Joan. “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”. *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador de derecho*, t. X. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, et al. México, UNAM-IIJ-Marcial Pons, 2008.

Textos normativos

Constitución de la República del Ecuador de 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Reparación integral en la justicia constitucional

María Fernanda Polo Cabezas*

1. Introducción

El cambio constitucional exige una serie de transformaciones en el sistema judicial, entre las que se encuentra el derecho a la reparación integral, que ha resultado ser muy apropiado para incorporar los valores y principios a la instancia judicial, además, de ser el llamado a plasmar —en este ámbito— los derechos de todas y todos al buen vivir o *sumak kawsay*.

Para entender a la reparación integral como un mecanismo apropiado para restablecer la vulneración de los derechos, empezaré anotando lo relacionado a los daños y sus tipos.

2. Daño

2.1. Concepto y definición

Con el fin de ir hacia una definición que llene las expectativas del presente trabajo, haré un recorrido por las más importantes aportaciones teóricas que sobre el tema se han hecho, y luego intentaré una propia. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, daño es “detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia”. Es decir, se trata en términos generales de un elemento perjudicial que puede afectar

* Abogada de la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos.

indistintamente a las personas, a la comunidad o a sus bienes. Desde el derecho, el daño puede ser producto de dolo, de culpa o de caso fortuito, es decir, según el grado de malicia, negligencia o causalidad entre el autor y el efecto. Y es aquí precisamente donde otro elemento de mi interés se constituye: la reparación; pues en principio, el daño doloso obliga al resarcimiento y tiene como consecuencia una sanción penal; el daño culposo lleva consigo una indemnización, y el fortuito exime de responsabilidad a quien lo causa en casi todos los casos.

Para Arturo Alessandri, citado por José García Falconí, daño es

[...] todo detrimento, perjuicio menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de los que goza el individuo. Su cuantía y la mayor o menor dificultad para acreditarlo y apreciarlo son diferentes, la ley no las considera.¹

Se puede decir también, que nuestra legislación no define expresamente lo que entiende por daño; sin embargo, en el artículo 2214 de nuestro Código Civil, al referirse a los efectos de un hecho ilícito, se dispone: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

Para Francisco Zúñiga Urbina, el daño está directamente relacionado con el concepto de responsabilidad, así:

[...] existe responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. En términos genéricos, entonces, la responsabilidad requiere de la concurrencia de cuatro elementos o condiciones: el daño, la culpa o dolo, una relación de causalidad entre el dolo o culpa y el daño, y la capacidad delictual. Toca al autor del daño o perjuicio indemnizar o resarcir el perjuicio específico.²

1 García Falconí, José. *La demanda civil de daños y perjuicios y daño moral con responsabilidad subjetiva en contra de los jueces, fiscales y defensores públicos*. Quito, La Justicia, 2010, pp. 199-200.

2 Zúñiga Urbina, Francisco. “La acción de indemnización por error judicial. Reforma constitucional y regulación infraconstitucional”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*. Uruguay, Fundación Konrad-Adenauer, 2009, p. 193.

Siguiendo con esta línea de pensamiento considero pertinente referirme al artículo 63, numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece:

Cuando decida que hubo una violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá así mismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.³

Para la doctrina mayoritaria, tanto civilista como penalista, del delito o falta no nace un tipo de responsabilidad, sino una obligación: la deuda de reparar el daño que causa el delito o falta, como exigencia de restablecimiento del orden jurídico perturbado.

De lo anotado, una definición de daño, que se enmarque dentro del motivo de estudio e interés, sería: todo perjuicio o menoscabo que se infringe a un individuo o a una colectividad, en sus bienes, en su libertad, en su personalidad o en su integridad, y que lleva consigo la obligación ineludible de reparación.

2.2. Tipos de daños

Para Humberto Abarca Galeas, los daños se los puede infringir contra derechos patrimoniales y contra derechos extrapatrimoniales.⁴ Entendiéndose como derechos patrimoniales a todos los derechos individuales de contenido económico que directa o indirectamente reportan una utilidad para su titular, cuyas características jurídicas son transferibles, transmisibles, prescriptibles y renunciables. Los derechos extrapatrimoniales, en cambio, son aquellos carentes de contenido económico, como los derechos a la personalidad y la familia, por tanto tienen un

3 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 63, numeral 1.

4 Abarca Galeas, Humberto. *El daño moral y su reparación en el Derecho Positivo*. Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2010, p. 178.

contenido subjetivo o moral, lo que les da la característica de invaluable. Es decir, según Abarca Galeas existirían esencialmente dos tipos de daños:

1. Daños que lesionan derechos patrimoniales.
2. Daños que lesionan derechos extrapatrimoniales.

En consecuencia, hay un daño material y un daño moral. En la división de cada uno de los anteriores hay un consenso entre los juristas al dividir el daño material en lucro cesante y daño emergente; y el daño moral, en daño moral subjetivo y daño moral objetivado.

En lo que tiene que ver con el daño material, debe tenerse presente que la indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida sufrida (daño emergente), sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (lucro cesante) a consecuencia del daño causado. Así, daño emergente es la merma o deterioro patrimonial directo y efectivo sufrido por el acreedor, mientras que lucro cesante es la ganancia que deja de obtener el acreedor a consecuencia del incumplimiento contractual o de la acción u omisión generadora de la responsabilidad extracontractual. Es importante en este punto resaltar el carácter de cuantificable de este daño

En cambio lo que tiene relación al daño extrapatrimonial y a su división, el daño moral subjetivo, también llamado de afección, es casi de imposible cuantificación para su reparación, es lo que en doctrina se conoce como *pretium doloris* (el precio por el dolor). Por su parte, el daño moral objetivado consiste en el menoscabo de la persona en su consideración social; es decir, es el perjuicio material derivado del daño a un bien extrapatrimonial.

Una vez determinados los tipos de daño que se pueden generar, corresponde establecer algunas diferencias en la evolución de la teoría de la reparación integral en el Estado legalista o positivista y en el Estado constitucional de derechos.

3. La reparación

3.1. Teoría y normativa constitucional de la reparación según la visión paleopositivista del derecho y la visión del nuevo constitucionalismo

Partiendo de la teoría kelseniana caracterizaré a la visión positivista de la reparación como descriptiva y enunciativa, por tanto, no valorativa. El positivismo se rige por su validez formal, en detrimento de la justicia de su contenido; por consiguiente, una norma no puede estar impregnada de moral ni de principios ni de valores, pues de otra manera, la norma no puede ser susceptible de tratamiento científico o racional.⁵ Todo esto sustentado en una concepción epistemológica de que los juicios demostrables son aquellos explicados empíricamente, ya que es posible percibir la realidad de manera independiente del sujeto. Mientras los juicios de valor son subjetivos y relativos por cuanto expresan una carga emocional. Para el positivismo la ley es instrumental, no puede ser siempre justa y no es necesariamente justa pues está basada en reglas coactivas y obligatorias.

En cambio, en el neoconstitucionalismo el derecho de reparación se rige por principios más que por reglas, es decir, con un sustento ético y moral. Esto debido a que el neoconstitucionalismo plantea, según Prieto Sanchís, una vinculación necesaria entre el derecho y la moral. A esto hay que añadir, que desde esta corriente teórica, el protagonista fundamental no es el legislador, sino los jueces quienes pueden interpretar la Constitución para acercarse a la justicia. El juez debe salir de la concepción positivista y sustentar sus decisiones no solamente en reglas, sino en principios.⁶ Así, en el neoconstitucionalismo la interpretación de la norma se realiza por parte del juez, dándole el poder de ponderar lo que es más justo.

Según el positivismo, la Constitución es solo dogmática y la ley es de aplicación inmediata. En el neoconstitucionalismo la Constitución pasa a ser la norma suprema, además de ser orgánica, por tanto, un individuo

5 Martínez Roldán, Luis y Jesús Fernández Suárez. *Curso de Teoría del Derecho*. Barcelona, Ed. Ariel, 4ª ed. actualizada 2006, pp. 13-126.

6 Prieto Sanchís, Luis. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial". *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. España, Editorial Trotta, 2003, pp. 123-158.

puede exigir que se cumpla el derecho de reparación de forma inmediata: porque la ley está sometida a la Constitución. Esta característica ha sido la gran diferencia entre el modelo de justicia positivo o legal y el modelo constitucional.

En conclusión, este planteamiento de la nueva Constitución es ambicioso y novedoso. Se trata de un marco jurídico garantista que busca establecer un modelo más justo de manejo, entre otros, del derecho de la reparación. Derecho que ha sido desarrollado en los regímenes internacionales de derechos humanos. Por eso, Carlos López Cárdenas menciona que:

Uno de los mayores avances del derecho internacional de los derechos humanos ha sido erigir al ser humano como una persona capaz de reivindicar sus derechos conculcados frente a instancias judiciales de carácter nacional o internacional.⁷

3.2. La incorporación del bloque de constitucionalidad dentro de la materialización del derecho a la reparación integral

El bloque de constitucionalidad es una técnica jurídica, mediante la cual el texto de una Constitución se remite a otros textos que terminan haciendo parte del mismo cuerpo normativo. La Constitución, entonces, no se limita a su propio articulado sino que se amplía al incluir una serie de principios, reglas y valores de otro cuerpo normativo, que hacen parte de su conjunto, en tanto que hay una remisión a ellos.

Si entendemos a la Constitución como una norma, la remisión que la misma haga a otros textos tendrá un valor imperativo, serán normas que tienen que acatarse. De ello se deduce que dichas remisiones a otros textos deberán ser objeto de estudio en los casos en que se verifique la constitucionalidad de una disposición.

Se hace necesario anotar lo que algunos estudios han aportado acerca del origen del bloque de constitucionalidad, pues mencionan que se

7 López Cárdenas, Carlos Mauricio. "Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos". *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 11. 2 (2009): 301-334.

originó en el derecho francés y en la Corte Suprema de Estados Unidos. Lejos de esa discusión, el vocablo tiene su origen en la doctrina francesa, pues se recurre al mismo cuando se intenta explicar el procedimiento del Consejo Constitucional francés de remitirse a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como a las disposiciones del preámbulo de la Constitución de 1946, cuando estudia la constitucionalidad de una norma legal frente a la carta de la V República de 1958. Este procedimiento se vio justificado plenamente, pues en la Constitución francesa de 1958 no se incluyó un catálogo expreso de derechos, como sí lo hacían las constituciones anteriores. El vacío fue superado a través del tenor literal del preámbulo que dice:

El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946.⁸

Es así como el dilema de si el preámbulo en una Constitución tiene fuerza normativa fue resuelto. El Consejo Constitucional francés, abandonando la concepción clásica de que el preámbulo es un enunciado que no puede invocarse como regla de derecho, determinó que el preámbulo en efecto tiene fuerza vinculante.

Se hace necesario tomar en cuenta que las remisiones que hace una Constitución pueden ser fuente de imprecisiones, lo que otorga a los jueces una amplia discreción, pues serán ellos los que definan qué es lo que se debe entender en cada caso, como derecho inherente, además de los ya expresados en la Constitución.

4. Formas de reparación

La obligación de reparar supone la existencia de una lesión o un quebrantamiento a un derecho. De ahí que la reparación se refiera a todas aquellas medidas que se toma con el fin de restituir derechos y, además, mejorar la situación de las víctimas de un daño. Todo esto bajo el compromiso de

8 Constitución de Francia de 1958.

promover las reformas políticas necesarias que impidan la repetición de los daños causados.

Es importante tener en cuenta, que en términos generales, al hablar de reparación lo hacemos al mismo tiempo de irreversibilidad de la pérdida. Al respecto Carlos López Cárdenas es categórico:

En primer lugar, la reparación es jurídica, porque permite que la sociedad, mediante una serie de procedimientos (leyes y procesos jurídicos) pueda radicar la culpa legalmente en un sujeto o entidad *para que la culpa no circule inconscientemente en todos sus miembros* y pueda lograrse un proceso de reconstrucción histórica, reconciliación y justicia. En segundo lugar la reparación es simbólica, porque a pesar de que jamás podrá cubrir los perjuicios sufridos por la víctima, los cuales son de carácter irreparable, produce algo nuevo que representa un concepto de justicia, indispensable para la convivencia social.⁹ (Cursivas en el original.)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la reparación integral involucra aquellas medidas destinadas a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas y a indemnizarlas. Se trata de reparar los daños materiales e inmateriales, patrimoniales, familiares y de otorgar diferentes formas de reparación.

La doctrina ha elaborado cinco medidas estandarizadas de reparación, que también las comparte la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia:

- Restitución.
- Indemnización.
- Rehabilitación.
- Satisfacción.
- Garantías de no repetición.

4.1. Restitución

La restitución o resarcimiento *in natura* significa restituir la situación antes de que se produzca la violación. Es decir, restablecer el derecho

9 Carlos Mauricio López Cárdenas, *op. cit.*

lesionado para así devolver a la víctima la posibilidad de ejercerlo completamente, o de seguir ejerciéndolo si le fue interrumpido. Para la Organización de las Naciones Unidas:

La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.¹⁰

4.2. Indemnización

También conocida como sustitución, es la forma más común de reparación, pues se refiere a la compensación monetaria por los daños y perjuicios generados. Según los principios y directrices básicos, la sustitución

ha de concederse de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes: a) El daño físico y mental; b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) Los perjuicios morales; e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.¹¹

4.3. Rehabilitación

Del daño se concluye que la víctima ha sufrido un detrimento, por lo que es preciso asistirle en su recuperación psicológica y física. La rehabilitación hace referencia a medidas que van desde la atención médica y

10 Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General del 16 diciembre 2005. “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, párr. 19.

11 *Ibíd.*

psicológica, hasta servicios médicos de índole social, todo ello con el fin de que las víctimas tengan una satisfactoria readaptación a la sociedad.

4.4. Satisfacción

Se presenta la figura de satisfacción cuando se reconoce que el daño sufrido no puede ser restituido ni compensado en su totalidad. Sin embargo, se reconoce a las víctimas su derecho a la verificación de los hechos, al conocimiento público de la verdad, a los actos de desagravio que correspondan, a la sanción a los causantes del daño, a la conmemoración y al tributo a las víctimas. Según los principios y directrices básicos, la satisfacción

ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:

- a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones;
- b) Verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad;
- c) Búsqueda de las personas desaparecidas;
- d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;
- e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;
- f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;
- g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas;
- h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas...¹²

5. Garantías de no repetición

Se ocupan de garantizar que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones de sus derechos. Es deber del Estado asegurarse que las violaciones

12 Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General del 16 diciembre 2005, *op. cit.*, párr. 22.

no vuelvan a ocurrir, y es más, es su deber poner fin a las violaciones y a la corrupción que pudieran facilitarlas. Siempre según los principios y directrices básicos, las garantías de no repetición han de incluir, según proceda:

la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención: a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales [...]; c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial; d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; e) La educación [...] respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales [...]; g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.¹³

6. La obligación de reparación de los jueces

La reparación, como ya se mencionó repetidamente, debe ser integral y tiene por objeto restituir derechos, mejorar la situación de las víctimas y promover reformas que impidan su repetición. Sin embargo, esto que en teoría parece tan evidente no lo es tanto en la práctica, ya que las medidas de reparación suelen enfrentar problemas al menos en dos momentos: en su diseño y en su cumplimiento.

En cuanto al diseño, las medidas pueden ser tomadas como aisladas e individuales atentando así a su coherencia interna y su interdependencia, lo que a su vez repercute en la calidad del cumplimiento. Por otro lado,

13 Ayala Rodríguez, Paula. *La reparación integral como forma de cumplir con la obligación moral de recordar*. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, CESO, 2005, p. 29.

suelen tratarse como “medidas humanitarias”, es decir, las víctimas según Beristain son tratadas como afectadas por un desastre natural, olvidando la obligación del Estado de investigar, procesar y sancionar a los culpables y, tomar a su vez acciones para la no repetición (prevención). En ese sentido, se produce una reducción de las medidas de reparación a la indemnización económica,¹⁴ cuando en la mayoría de los casos, por tratarse de violaciones a los derechos fundamentales, la reparación integral debería implicar una gama amplia de medidas, muchas de ellas, extrapatrimoniales. Así mismo, a veces las medidas se diseñan al margen de las necesidades y expectativas de las víctimas, a pesar de que, como es obvio, no todas las medidas tienen la misma importancia para las víctimas o sus familiares.

Frente a esto se requiere que el juez al momento de diseñar las medidas de reparación integral del daño causado se preocupe por algunos aspectos: la interrelación e interdependencia de las medidas, la participación y opinión de las víctimas, la creatividad del juzgador para abandonar la estructura civilista de análisis del daño y reparación y pasar a un estudio en términos de derechos.

Desde el punto de vista del cumplimiento, las medidas reparatorias enfrentan problemas que van desde la falta de experiencia de quienes están llamados a ejecutar las medidas, generalmente los propios jueces que las dictan, hasta la falta de voluntad política para ejecutar las medidas ordenadas. No solo se trata entonces de especificar las medidas sino, en lo posible, de establecer los mecanismos y condiciones en qué se han de llevar a cabo y verificar su cumplimiento.

Ahora bien, en la normativa constitucional y legal del Ecuador se ha encomendado al juez, en materia de garantías jurisdiccionales, la potestad de dictar todas las medidas que considere convenientes para obtener la reparación integral del daño causado. Pero la potestad del juez no se limita en el Ecuador a dictar la medida, sino que además debe velar por su cabal cumplimiento e inclusive puede, en cualquier momento, sustituir las medidas inicialmente ordenadas en sentencia, por otras que considere eficaces o más adecuadas en función de las circunstancias de cada caso.

14 Martín Beristain, Carlos. *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el sistema Interamericano de Derechos Humanos*, t. I. San José, IIDH, 2008, p. 175.

En este sentido, el artículo 86, numeral 3 de la Constitución señala como obligación del juez establecer en una sentencia de garantías jurisdiccionales, una vez que se haya declarado la violación de un derecho, reparar integralmente el daño considerando al menos cuatro cuestiones:

1. Reparación material e inmaterial.
2. Especificación e individualización de las obligaciones positivas y negativas.
3. El destinatario de la decisión judicial.
4. Las circunstancias en que deban cumplirse.

El cumplimiento de estos cuatro parámetros supone que el juez en primer lugar identifique las dimensiones materiales e inmateriales de la violación del derecho de que se trate, por ejemplo si se trata de un despido injustificado, no solo se debe tomar en cuenta la situación relacionada con la falta de ingreso económico que supone dejar de trabajar para la víctima y su familia, sino también el desmejoramiento de la situación social, entendida esta como la pérdida del prestigio social que significa ser considerado “productivo”. Además es necesario considerar las particularidades de la violación al derecho, así, en el ejemplo analizado hay que recordar que una larga exposición al desempleo descompone las relaciones familiares, la angustia se hace presente e incluso la autoestima se ve afectada. El juez deberá revisar estas aristas del problema para pronunciarse.

Para el cumplimiento de la segunda obligación, el juez debe señalar las obligaciones positivas y negativas especificándolas e individualizándolas con el mayor detenimiento posible, por ejemplo no caben expresiones como “restitúyase a su lugar de trabajo” sin referencia al tipo de contrato con el que se produciría dicho evento, o el tiempo de duración del contrato, entre otras.

En el tercer punto, no es conveniente que el juez utilice fórmulas como “a quien corresponda” o términos parecidos, sino que especifique el destinatario de la obligación judicial, tomando incluso decisiones sobre cuestiones complejas como quién es el responsable de restituir, en el ejemplo planteado, al trabajo.

Por último, en cuanto a las circunstancias en que debe llevarse a cabo la reparación, estas se refieren al señalamiento del cuándo, cómo, dónde y quién va a realizar la reparación y quién es el beneficiario en cada caso.

Para un adecuado diseño, como ya se dijo, siempre han de tomarse en cuenta las pretensiones de las víctimas y el grado de importancia que ellas atribuyen a las medidas de reparación, pues puede ser el caso de que en una situación específica, sea más relevante llevar a los responsables a proceso y, si es del caso, sancionarlos, antes que una indemnización económica.

Esta obligación constitucional ha sido recogida y regulada por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) en el artículo 18 que detalladamente indica la obligación que tiene el juez de reparar material e inmaterialmente el daño una vez que sea haya declarado la vulneración de derechos. La disposición legal merece algunos comentarios:

El primer inciso del artículo citado señala:

En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen o disfruten del derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar o sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

Al respecto caben algunas precisiones; en primer lugar el precepto legal hace referencia a que la reparación además de procurar el goce o disfrute del derecho debe buscar el restablecimiento a la situación anterior a la violación, sin embargo, en la doctrina se ha discutido ampliamente respecto a que no siempre eso es conveniente puesto que puede suceder que la situación anterior a la violación específica de que se trate sea una de discriminación, de indefensión, etc. En ese sentido, cabría una condición para el restablecimiento a la situación anterior, siempre que ella no suponga una situación cualquiera de violación o amenaza de violación de derechos.

En segundo lugar, este inciso es abundante en los ejemplos de las dimensiones o las formas de la reparación: la restitución del derecho, la

compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar o sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud. Lo interesante de esta norma es que al no contener una enumeración taxativa, le otorga al juez un amplio margen para su creatividad.

El segundo inciso del artículo 18 también requiere algunas acotaciones. Veamos que dice la parte pertinente:

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

Como se puede apreciar, cuando se habla de la reparación integral del daño, este abarca tanto el daño material como el inmaterial. Dentro del primero no solo se contempla el detrimento en el ingreso, sino también los gastos y las consecuencias que se deriven de los hechos del caso. El daño inmaterial, según la disposición anotada, comprende la compensación en dinero o bienes por los sufrimientos, las alteraciones en las condiciones de vida de los afectados o su familia. Así mismo, el artículo señala los criterios a considerarse para la reparación: tipo de violación, circunstancias del caso, consecuencias de los hechos y afectación al proyecto de vida.

El inciso tercero reproduce, en parte, la norma constitucional sobre los elementos que deben constar en la sentencia respecto a la reparación, sin embargo a diferencia de la Constitución y en franca inobservancia de ella, introduce la obligación de que la reparación económica se tramite de

forma diferente (en cuerda separada) lo que en la práctica se ha convertido en una verdadera camisa de fuerza para obtener la reparación integral del daño, ya que ha generado que los jueces se abstengan de cuantificar los daños de índole económica causados y que los afectados, ante la necesidad de promover un nuevo y largo proceso para obtener la reparación económica, se *conformen* con las medidas de reparación no económicas dictadas en la sentencia de garantías jurisdiccionales, con lo cual, en la práctica, dicha disposición legal tornó en ineficaz la reparación integral del daño consagrada constitucionalmente.

Es interesante, por otro lado, que en el inciso cuarto del comentado artículo 18 de la ley, se establezca la obligación de escuchar a las víctimas de la violación del derecho, para la determinación de la reparación, incluso facultando al juez para llamar a una nueva audiencia, que tenga por propósito único el analizar las medidas de reparación más adecuadas para el caso.

Por otra parte, la ejecución efectiva de la sentencia en materia de garantías jurisdiccionales también ha sido objeto de preocupación del constituyente; el mismo artículo 86 en el numeral 4 faculta al juez para destituir a un servidor público en caso de que no cumpla la sentencia debiendo hacerlo. Esto fue ampliamente reforzado por el artículo 21 de la LOGJCC que ordena al juez utilizar todos los medios necesarios para lograr la reparación integral, facultándole a evaluar el impacto de las medidas sobre las víctimas y sus familias, e incluso reconociéndole la posibilidad de modificarlas de creerlo conveniente, para lo que cuenta con la posibilidad de dictar los autos que sean necesarios, aun cuando estos modifiquen las medidas originalmente dictadas en la sentencia.

Sin embargo, nuevamente debe mencionarse que esta amplitud general de la que goza el juez para hacer efectiva su sentencia, se ve inconstitucionalmente mermada cuando el artículo 19 de la ley establece que en todos los casos en que la reparación implique pago en dinero, la determinación del monto se hará mediante un juicio verbal sumario en caso de que la sentencia se hubiese dictado en contra de un particular o en juicio contencioso-administrativo si fuese dictada en contra del Estado. Esta disposición encierra una concepción anacrónica de la indemnización de daños y perjuicios, que requiere la declaración del derecho para luego ir a la determinación de los montos a que hubiera lugar, olvidando que en el

caso constitucional lo que se declara es la violación del derecho, lo que genera la obligación correlativa y directa de reparar económicamente el daño, de ser el caso.

7. Bibliografía

- Abarca, Luis Humberto. *El daño moral y su reparación en el derecho positivo*. Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2010.
- Ayala Rodríguez, Paula. *La reparación integral como forma de cumplir con la obligación moral de recordar*. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, CESO, 2005.
- Berenstain, Carlos Martín. “La reparación: del diseño al cumplimiento”. *Diálogos sobre la reparación*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Caicedo, Danilo. “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Los Derechos Humanos más allá de la Constitución”. Con permiso del autor, 2010.
- Escudero, Joel. “Los nuevos saberes en el constitucionalismo ecuatoriano”. Publicado con permiso del autor, 2010.
- García, José. “La reparación en la vigente Constitución de la República”. *La demanda civil de daños y perjuicios y daño moral por responsabilidad subjetiva en contra de los jueces, fiscales y defensores públicos*. Quito, Edición de Autor, 2010.
- López-Cárdenas, Carlos Mauricio. *Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos*. *Revista Estudio Socio-Jurídico* (Bogotá), 11, 2 (2010).
- Llasag, Raúl. “El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales”. Publicado con permiso del autor, 2010.
- Márquez Cárdenas, Álvaro. “Característica de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera”. *Revista Diálogos de Saberes* (España), 2010.
- Martínez Roldán, Luis y Jesús Fernández Suárez. *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994.
- Pozzolo, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Italia, 1998.

- Prieto Sanchís, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. de Miguel Carbonell. Madrid, Editorial Trotta.
- Sierra Porto, Humberto A. “La función de la Corte Constitucional”. *La protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2009.
- Zagrebelsky, Gustavo. “Del Estado de derecho al Estado constitucional”. *El derecho dúctil: ley, derecho, justicia*. Madrid. Editorial Trotta, 2005.

Textos normativos

- Constitución de la República del Ecuador de 2008.
Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Las medidas cautelares en la nueva Constitución del Ecuador

Daniel Fernando Uribe Terán*

1. Introducción

Uno de los principales factores de transformación del nuevo sistema constitucional ecuatoriano, es el contar con nuevas garantías que propenden a proteger y garantizar el ejercicio de los derechos contenidos en la Constitución. Si bien es cierto, la Constitución del Ecuador aprobada en 1998, presentaba importantes antecedentes en el tema de garantías, también es cierto que dichos antecedentes advertían un desgaste dentro del sistema nacional de protección de derechos humanos, ya sea por la advertida legalización del derecho constitucional al comprender los procesos constitucionales como procesos de mera legalidad, como también por la poca importancia otorgada a las resoluciones del Tribunal Constitucional dentro de un Estado legalista.

Por eso es necesario hacer un corto repaso acerca de las medidas cautelares contenidas en el artículo 87 de la Constitución de la República vigente, y observar sus antecedentes más recientes contenidos en la aplicación del recurso de amparo constitucional. De igual manera, resulta preponderante repasar algunos aspectos respecto de la naturaleza y concepto de las medidas cautelares en los sistemas de protección de los derechos humanos, para de esta manera diferenciarlos de las medidas cautelares procesales que pueden ser adoptadas en procesos civiles o penales, para después verificar cuáles son los principios fundamentales de las medidas cautelares, su finalidad y, por último, su procedibilidad en el sistema de justicia constitucional ecuatoriano.

* Asistente administrativo de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

Se observará entonces cómo las medidas cautelares han obtenido un nuevo papel dentro del sistema de justicia constitucional ecuatoriano, dejando a un lado la idea de su vinculación irrestricta a un proceso judicial, pudiendo proponerse inclusive de manera autónoma, considerándolas también como una garantía de la que gozan todas las personas y que busca evitar o cesar daños irreparables por el actuar de servidores públicos o particulares.

Por tanto, el objeto del presente artículo es brindar al lector un pequeño, pero importante insumo en el aprendizaje y práctica de los nuevos procesos constitucionales existentes en el Ecuador, insumo que junto con la práctica procesal y la investigación de los jueces, abogados y actores jurídicos de la sociedad, generará nuevas cuestiones de debate doctrinario y práctico con el objetivo de formar una nueva cultura jurídica, guiada hacia el respeto a los derechos y garantías contenidos en la Constitución.

2. Antecedentes de las medidas cautelares en Ecuador: la acción de amparo constitucional

Dentro del análisis de las medidas cautelares en la nueva Constitución de 2008, resulta necesario dar un breve vistazo al recurso de amparo constitucional contenido en la Constitución del Ecuador de 1998.

Cabe recordar que una de las principales características de esta acción era justamente la de ser cautelar, es decir, precaver o evitar la consumación de un daño grave e inminente debido a la acción u omisión de una autoridad pública, sin pronunciarse respecto del fondo del asunto planteado.¹ En ese mismo sentido, el objeto de la acción de amparo constitucional era tomar “medidas provisionales de defensa o seguridad del derecho, mas no se declara dicho derecho ni se resuelve un asunto de lato conocimiento”.²

De esa manera la condición de cautelar, característica de la acción de amparo, promueve la idea de suspensión del acto ilegítimo, por lo que no

1 Tribunal Constitucional de Ecuador. Resolución n.º 364, registro oficial suplemento n.º 380 del 31 julio 2001.

2 Oyarte, Rafael. *La acción de amparo constitucional*. Quito, Fundación Andrade y Asociados, 2006, p. 171.

se pronunciaba respecto del fondo del asunto ni soluciona la controversia constitucional que fuera planteada ante los órganos competentes. En definitiva, el objeto de la acción de amparo constitucional era suspender los efectos generados a partir de la adopción o emisión de un acto administrativo, mas no suponía su anulación.

La naturaleza cautelar del amparo resultaba discutible al punto que el otorgamiento de la acción implicaba la protección, no solo cautelar sino también reparatoria de un derecho; es más, el propio Tribunal Constitucional reconocía que el amparo constitucional tenía mayor importancia, toda vez que era concebido como el guardián de la Constitución, como tal protegía la esencia misma de la Constitución y su objetivo era cumplir con los mandatos constitucionales.³

La acción de amparo entonces fue concebida como un mecanismo de defensa y garantía de los derechos constitucionales, que si bien no podía plantear la nulidad de los actos de autoridades públicas o dejarlos sin efecto, si propendía a precautar que esos actos no vulneren derechos constitucionales. Es más, la característica de no ser subsidiario ni residual, la convertía en una garantía inmediata, que buscaba directamente cesar o suspender los efectos de los actos de autoridades públicas, pero no permitía la posibilidad de reparación de los daños causados, ya que esto la hubiera convertido en un proceso de conocimiento desnaturalizándola.

La Constitución de 1998 concibió a la acción de amparo como un mecanismo cuyo objeto era:

cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, *amenace* con causar un daño grave.

Caracterizando entonces a la acción de amparo no solo como una garantía cautelar, pues esta también podía “remediar las consecuencias de un acto u omisión”, en otras palabras podía reparar los daños causados,

3 Tribunal Constitucional de Ecuador. Resolución n.º 279, registro oficial n.º 239 del 24 diciembre 2003.

lo que llevaba entonces a observar al amparo constitucional como un mecanismo de conocimiento, por el cual no únicamente se podía precautelar o evitar la comisión de un daño, sino que de hecho podía reconocer la existencia de un daño e inclusive ordenar medidas de reparación. Sin embargo, las palabras finales de dicho artículo contradecían esta naturaleza al caracterizar el acto u omisión de la autoridad pública como un acto u omisión que “de modo inminente, amenace con causar un daño grave” (énfasis añadido), de allí que la discusión surgida a partir de la aplicación de dicho artículo era justamente la de comprender el alcance de la *amenaza e inminencia*, que caracterizaron la aplicación cautelar del amparo.

En este sentido, la inminencia ha sido considerada como la ausencia de aquello que es remoto o eventual. En otras palabras, debe existir certeza de la ocurrencia del daño y la inmediatez del mismo, si un daño ocurrió tiempo atrás y en ese momento ocasionó un daño grave, no cumple con el concepto de inminencia y, por tanto, no puede ser objeto de un amparo constitucional, sino de un proceso de conocimiento.⁴ En ese sentido cabría precisar la diferenciación que se hace respecto del amparo, no como un proceso tutelar sino como un proceso cautelar, es decir, no de conocimiento sino de precaución. A pesar de lo dicho, la Ley Orgánica del Control Constitucional, en su artículo 46 dispuso que el recurso de amparo proceda ante cualquier acto u omisión proveniente de autoridad pública que:

haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos.

Una vez más se pudo percibir cómo el legislador planteaba la naturaleza reparadora de la acción de amparo, al decir que procede cuando un acto u omisión “*haya causado* [...] un daño *inminente*, a más de grave e irreparable” (énfasis añadido), lo que lógicamente conduce a que el daño debió causarse en un tiempo relativamente corto, aunque ni la Ley Orgánica del Control Constitucional o la Constitución determinen un tiempo de prescripción de la acción. Sin embargo, el entonces Tribunal

4 Rafael Oyarte, *op. cit.*, p. 127.

Constitucional optó por considerar que el “transcurso del tiempo sí afecta a la procedencia del amparo”,⁵ por lo que en definitiva la necesidad de la inminencia del daño ratificó la naturaleza cautelar de la acción de amparo.

Este conflicto, entre la finalidad cautelar y tutelar del derecho mediante la acción de amparo, llevó a que este no sea efectivo, logrando que el otorgamiento de la acción devenga en incumplimiento de las resoluciones provenientes del Tribunal Constitucional, ya sea por la falta de mecanismos de reparación o la inexactitud de las decisiones adoptadas por el Tribunal. Así generó entonces la falta de especificidad de los mecanismos para cesar y evitar el daño en los procesos de amparo, el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y como tal los mecanismos de reparación que podrían ser adoptados para el real cumplimiento de los mandatos constitucionales, recayendo nuevamente en una garantía ilusoria cuyos estándares de aplicación no permitían el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado respecto de la garantía de los derechos constitucionales que implicaban de manera directa la investigación, sanción y reparación de los daños provenientes de la vulneración de derechos constitucionales.

Esa consideración llevó a que el constituyente de Montecristi opte por plantear un sistema mucho más complejo de garantías constitucionales, que individualice los procesos cautelares de protección de los derechos constitucionales, de aquellos cuyo objeto principal es el reconocimiento de un derecho y su posterior reparación, estableciendo en el artículo 87 a las medidas cautelares como mecanismos para evitar o cesar un daño, ya sean vinculados a un proceso de garantías jurisdiccionales o de manera autónoma, siendo este último la mayor evidencia de evolución de la acción de amparo constitucional en la Constitución de 2008.

3. Naturaleza y concepto de las medidas cautelares

El amparo constitucional entonces devino en una medida cautelar cuyo objeto era justamente el de evitar o cesar un daño grave e inminente, mas

5 *Ibid.*, p. 128.

no pronunciarse respecto de la vulneración de un derecho, o inclusive disponer de mecanismos reales de reparación de los daños causados, peor aún si estos daños no eran inmediatos. La Constitución de 2008 tomó en cuenta dicha deficiencia e integró a la Constitución la acción de protección como garantía jurisdiccional, acción que tiene por objeto la tutela de un derecho y la reparación correspondiente en caso de su vulneración, pero no dejó a un lado la necesidad de contar con mecanismos cautelares, al disponer además la existencia de las medidas cautelares, tanto inmersas dentro de un proceso de garantías jurisdiccionales, como también de manera independiente y autónoma, siendo estas últimas las más comparables a la acción de amparo constitucional. Por este motivo resulta necesario observar cuál es la naturaleza, de manera general, de las medidas cautelares inmersas en un sistema de protección de derechos, y a partir de allí verificar la aplicación y práctica que estas han recibido en nuestro país.

De manera muy general, el término cautelar proviene del latín *cautela*, que significa “precaver” o “prevenir”, de lo que resulta importante resaltar que el objetivo de esta acción es el de precaver o prevenir una determinada acción. Para el profesor Rey Cantor, las medidas cautelares pueden ser entendidas como “la adopción de las disposiciones para prevenir un daño o peligro cuando las circunstancias lo impongan”.⁶

En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte de la Haya⁷ determinó que las medidas cautelares pueden otorgarse siempre que las circunstancias lo ameriten, con el objeto de preservar los derechos de cada parte durante el tiempo en el que la decisión de fondo se encuentre pendiente. Ahora bien, dentro de la teoría de los derechos humanos⁸ se ha concebido una doctrina diferente, al establecer que las medidas cautelares tienden a precautelar la vigencia de una amenaza de daño o vulneración de derechos, y además generan mecanismos que impiden que un posible daño se convierta en un daño efectivo, permitiendo establecerlas como verdaderos mecanismos de protección de derechos constitucionales.

6 Cantor, Ernesto Rey. *Medidas cautelares y medidas provisionales ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005, p. 148.

7 Corte Internacional de la Haya. *Honduras vs. Estados Unidos de América*. Medidas Cautelares, 1984.

8 Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Compendio de Resoluciones de la Corte*. Medidas provisionales. Prólogo. Publicaciones de la OEA, 1987-1996, n.º 1, 1996.

De esa manera, las medidas cautelares sirven como una garantía que impide la generación de un daño y al mismo tiempo satisface la obtención de una providencia definitiva que cumpla con las características de consideración y ponderación necesarias para contar con una respuesta justa y efectiva en la garantía de los derechos constitucionales.

Así, en el estado de las cosas, podemos observar que las medidas cautelares tienen los siguientes principios:

- *Provisoriedad o temporalidad*: limitación de la duración de sus efectos en el tiempo, lo cual se traduce en que no se pueden dictar medidas cautelares indefinidas.
- *Procedibilidad*: presencia de un interés jurídico, que surge de la existencia del *periculum in mora*.⁹
- *Urgencia*: la eminencia del peligro requiere una providencia que tenga el carácter de urgente. El juez debe dictarla de manera inmediata para evitar la consumación del daño.
- *Irreparabilidad del daño*: la relación entre el daño temido y el daño efectivo se vincula con la existencia de un daño irreparable o de difícil reparación.
- *Ineficacia de la decisión*: una de las razones por las que se plantea la necesidad de que existan medidas cautelares, es la de evitar que la decisión definitiva resulte ineficaz, debido a que la demora en la expedición de esta, puede producir la consumación del daño irreparable, haciendo necesaria la adopción de medidas previas.
- *Interés jurídico*: las razones antes expuestas permiten establecer la existencia del interés jurídico de la presunta víctima para proponer medidas cautelares, toda vez que existen para evitar que, por demora en la toma de decisiones definitivas, se genera un daño irreparable.

De ese modo, deben mediar tres elementos para que sea procedente una medida cautelar que son, según Piero Calamandrei: 1) gravedad, 2) urgencia, y, 3) amenaza de un daño irreparable. De esta misma forma cabe precisar que la naturaleza de las medidas cautelares pretenden evitar

9 El *periculum in mora* implica la existencia del peligro que se deslinda de un fenómeno jurídico mientras se dicta la providencia definitiva que lo solucione.

un daño que presumiblemente puede existir, motivo por el cual no se trata de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado, sino de las medidas requeridas para evitar la posible vulneración de un derecho constitucional.

Cabe destacar en este sentido, como había dicho con anterioridad, que las medidas cautelares constitucionales gozan de una doble aplicación, como medidas accesorias de un proceso principal y también como una institución independiente y autónoma de cualquier proceso constitucional, lo que comporta una doble faceta de garantía, en primer lugar como un mecanismo para asegurar los efectos de una sentencia o proceso de conocimiento; y, una segunda faceta vinculada a la naturaleza autónoma e independiente de las medidas cautelares como un proceso informal e inmediato sin necesidad de la existencia de un proceso constitucional principal.

Cabe recordar entonces que el otorgamiento de las medidas cautelares no constituye prejuzgamiento sobre la declaración de la violación, tampoco goza de valor probatorio en el caso de existir una acción por violación de derechos; de ser incumplidas, serán sancionadas de la misma manera que en los casos de incumplimiento de sentencias dictadas a propósito de una garantía jurisdiccional.

4. Las medidas cautelares en la actual Constitución del Ecuador

El artículo 87 de la Constitución de la República dispone la posibilidad de solicitar medidas cautelares de manera “conjunta o independientemente de las acciones de protección de derechos” con el objeto de evitar o cesar la violación de derechos constitucionales; de la misma forma, el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone:

Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o

persona que podría prever o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de libertad.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos las medidas provisionales tienen como objeto, además de evitar agravar la controversia, proteger efectivamente derechos constitucionales, toda vez que la posible actuación de una de las partes procesales, puede generar una vulneración de un derecho fundamental, y acarrear por tal un daño irreparable.¹⁰

Cabe precisar entonces que la Constitución de la República diferencia dos tipos de medidas cautelares, tanto autónomas como accesorias a un proceso constitucional, sin embargo en ambos casos se persigue el mismo objetivo, es decir evitar la vulneración de derechos constitucionales, lo que implicaría además reconocer a las medidas cautelares como una garantía para la protección de los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, es más la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha caracterizado las medidas cautelares de la siguiente forma:

[...] las medidas provisionales tienen un carácter no solo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas [...] De esta manera, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo.¹¹

Ahora bien, el artículo 87 de la Constitución de la República dispone que las medidas cautelares procederán frente a un hecho que “amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho” asegurando además que la gravedad del daño se relaciona con la intensidad o frecuencia de dicha violación. Al respecto cabe precisar que los requisitos especificados en el artículo son, en su mayor parte, compartidos con

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Solicitud de medidas cautelares.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Asunto Alvarado Reyes y Otros*. Medidas provisionales respecto de los Estados Unidos Mexicanos. 15 mayo 2011.

los criterios generales de las medidas cautelares o provisionales en las que deben mediar criterios de gravedad, urgencia e inminencia de un daño irreparable.¹²

Comúnmente la gravedad de la violación de derechos ha sido entendida doctrinariamente como el grado más intenso o elevado de vulneración de los derechos, en otras palabras la afectación directa al núcleo de los derechos en cuestión, mientras la urgencia se vincula al riesgo o amenaza inminente de violación razonablemente posible de intereses jurídicos no sujetos a reparación.¹³ Ahora bien, mantener un criterio de esta naturaleza traería consigo un sentido amplio de restricción en la protección de derechos humanos,¹⁴ pues implicaría proteger únicamente aquellos derechos que son irreparables, como por ejemplo el derecho a la vida, a la salud o la libertad, dejando a un lado aquellos derechos que por su naturaleza son objetos de reparación. En ese sentido, y en aplicación del principio de interdependencia y universalidad de los derechos humanos, se entiende que todos los derechos se encuentran vinculados entre sí, lo que genera una cadena de causalidad entre ellos y ocasiona que la vulneración de un derecho traiga consigo la inmediata vulneración de otro; por lo que toda violación de derechos es grave,¹⁵ independientemente de los efectos reversibles o irreversibles que esta pueda suscitar, de lo contrario no solo aplicaríamos un criterio restrictivo en la garantía y defensa de los derechos, sino que además plantearíamos la aplicación de un teoría jerarquizada de los derechos constitucionales.

4.1. Objeto de las medidas cautelares en Ecuador

Según lo ya referido, las medidas cautelares en su generalidad se han establecido como mecanismos para evitar la presunta vulneración de un

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa. Medidas provisionales respecto de Brasil*. 25 febrero 2011.

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Asunto de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz. Medidas provisionales respecto de Colombia*. 22 noviembre 2010.

14 Villarreal, Roberto. *Medidas cautelares. Garantías constitucionales del Ecuador*. Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2010, p. 89.

15 De la Jara, Ernesto. "Manipulación política de los derechos humanos". Internet. <http://www.revistadeele.com/node/1017>. Acceso: 12 septiembre 2011.

derecho y los daños que ésta puede causar. De esta manera, y como lo señala el artículo 26 de la LOGJCC, el objeto principal de las medidas cautelares en Ecuador es “evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos” de lo que se extraen dos escenarios constitucionales para la adopción de medidas cautelares: 1) la existencia de una amenaza; y, 2) la existencia de una violación, respecto de la cual cabe precisar que el otorgamiento de medidas cautelares no implica el pronunciamiento de fondo sobre la existencia o no de la violación de derechos constitucionales.

En ese sentido, se observa que las medidas cautelares deberán ser interpuestas con el objeto de cesar una amenaza y de esta manera evitar una posible violación de derechos, o para cesar una presunta vulneración de derechos existente en el momento de la solicitud de estas medidas. Ambos escenarios fundamentan la existencia de medidas cautelares accesorias a procesos constitucionales y aquellas de carácter autónomo.

Se afirma que las medidas cautelares tienen como objetivo prevenir o cesar la violación de un derecho, lo que implicaría que proceden antes o durante la violación del derecho constitucional, pero no podría proceder después de la vulneración de derechos, ya que existen otros mecanismos más eficientes para su protección, por ejemplo, la acción de protección. Así “las medidas cautelares nunca operan en el “después” de la violación del derecho. Siempre están orientadas a evitar la violación o suspenderla cuando se tratan de violaciones que se mantienen en el tiempo”.¹⁶ Este criterio también lo sostuvo el Juzgado Primero de Inquilinato y Relaciones Vecinales, dentro de un proceso de revocatoria de medidas cautelares al motivar dicha revocatoria en base a la existencia de hechos consumados; de este modo el órgano jurisdiccional citado decidió:

La norma constitucional contenida en el Art. 87, está diseñada para ordenar medidas cautelares de manera conjunta o independientemente de otras acciones constitucionales de protección de derechos, pero señaladamente con el objeto de evitar la violación o amenaza de violación, consecuentemente la esencia misma de este derecho es sin lugar a dudas la de evitar la violación,

16 Roberto Villarreal, *op. cit.*, p. 94.

sin embargo el accionante solicita a esta autoridad dos días después, es decir cuando el hecho [...] ya se produjo, en consecuencia el peticionario tiene la posibilidad de recurrir a otras acciones constitucionales, y no precisamente a la de medidas cautelares.- Por estas consideraciones y en mérito a lo que establece el Art. 35 se revoca las medidas cautelares [...] ya que el hecho de la separación del trabajo del señor XX a la fecha en que se ordena las medidas cautelares se encontraban consumadas.¹⁷

Sobre lo dicho cabe precisar que, en mi opinión, se confunde la naturaleza de las medidas cautelares respecto de las acciones de protección de derechos constitucionales, pues si bien es cierto el objeto de las medidas es la de evitar o cesar la vulneración de derechos, es decir, prevenir la violación de un derecho o suspender dicha violación mientras ocurra; también es cierto que dentro de la teoría de la interdependencia de los derechos constitucionales, la violación de un derecho trae consigo la vulneración de otros derechos, por ejemplo, la separación del cargo de una persona puede vulnerar no solo el derecho al trabajo, sino también el derecho a la salud, el derecho a la vivienda e inclusive el derecho a un proyecto de vida o a la vida digna, motivo por el cual el fundamento de hechos consumados no resulta suficiente para negar las medidas cautelares, sino que debe verificarse la integralidad del daño presuntamente causado y la afectación sobre otros derechos.

Cabe recordar también que las medidas cautelares no se pronuncian sobre el fondo del asunto planteado, no son procesos de conocimiento o reparación, son simplemente procesos informales que en caso de encontrarse sujetas a una garantía jurisdiccional, tienen por objeto evitar que el conflicto se agrave debido a cualquier acción realizada por una de las partes, y en caso de ser autónoma, busca prevenir o detener la vulneración de derechos constitucionales.

Las medidas cautelares sirven entonces como una garantía para precautar los derechos constitucionales que se encuentran en riesgo por la acción u omisión de una autoridad pública o un particular y así evitan la consecución de daños irreversibles. Por este motivo, una de las principales características que debe tomarse en cuenta es justamente el hecho de que

17 Juzgado Primero de Inquilinato y Relaciones Vecinales de Pichincha. Acción de medida cautelar n.º 954-2009-s. Quito, viernes 27 noviembre 2009.

las medidas cautelares no son procesos contenciosos de conocimiento o reparación de un derecho, sino que al contrario, son procesos expeditos e informales en los cuales prima la inmediatez de la medida para precautelar o evitar el riesgo de vulnerar un derecho.

Si bien el tercer inciso del artículo 27 pareciera convertir a las medidas cautelares en un proceso residual al prohibir su interposición cuando existan otras medidas cautelares en vías administrativas u ordinarias, también es cierto que no debemos confundir su naturaleza, pues como había dicho con anterioridad el objeto de estas no es solo preservar los derechos de las partes dentro de un litigio durante el tiempo en el que la decisión de fondo se encuentre pendiente, sino que se dirige directamente a precautelar la vigencia de una amenaza contra el ejercicio efectivo de un derecho constitucional. De allí que, por ejemplo, las medidas cautelares puedan ser propuestas contra actos administrativos que no han sido impugnados en instancias administrativas. A pesar de que el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dispone la suspensión de procesos coactivos mientras dure el proceso contencioso frente al Tribunal, el mismo artículo dispone que dicha suspensión procederá siempre que exista un afianzamiento de los intereses económicos de las instituciones del Estado, depositando el valor adeudado en el Banco Central o asegurando la obligación con hipoteca, prenda o fianza bancaria, lo que implicaría de una u otra forma el desembolso pecuniario del administrado, continuando entonces con la amenaza de vulneración de derechos constitucionales.

Si a lo dicho se suma el contenido del artículo 76 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el que se prohíbe cualquier medio ordinario de suspensión de la ejecución o cumplimiento del acto administrativo, entonces observaríamos que, según la ley, los actos administrativos no tendrían ningún mecanismo de suspensión de sus efectos, lo que traería consigo la permanencia de dicha amenaza. Ahora bien la naturaleza de las medidas cautelares autónomas permiten su interposición frente a cualquier acto que amenace la vigencia o ejercicio de derechos, inclusive si este no ha sido impugnado vía contencioso-administrativa o mediante una acción de protección, pues justamente dicha medida cautelar suspenderá provisionalmente el acto hasta que exista un pronunciamiento sobre el fondo del asunto o hasta que la amenaza deje de persistir, prohibir su eficacia mediante una errónea interpretación legal traería

consigo la violación de derechos constitucionales y el desconocimiento de garantías constitucionales vulnerando entonces el principio de supremacía constitucional.

4.2. Procedimiento de las medidas cautelares

Si bien las medidas cautelares, por su naturaleza, son garantías constitucionales, deben mediar ciertas circunstancias para que sus efectos se generen por la amenaza o violación de un derecho constitucional.

Así, en primer lugar las medidas cautelares proceden cuando el juez constitucional conozca un hecho, producido por cualquier persona, que pueda violar de manera inminente y grave un derecho fundamental. El artículo 26 de la LOGJCC genera un concepto de gravedad, siendo entendida como un daño irreversible o en consideración de la intensidad o frecuencia de la violación. Pero el entendimiento de irreversibilidad o intensidad o frecuencia de la violación es demasiado amplio, permitiendo inclusive la determinación subjetiva de dichos conceptos, lo que trae consigo una aplicación bastante restrictiva de las medidas cautelares.

De esta manera se debe observar que toda violación a los derechos constitucionales es grave pues limita el ejercicio de un derecho que un estado de normalidad no pudiera ser restringido, lo que genera entonces una excepcionalidad no justificada, por tanto, una restricción tanto del derecho como de la garantía. Esta lectura generó la formalización de las medidas cautelares al establecer, en la práctica, la necesidad de presentar mayor carga probatoria respecto de la irreversibilidad, intensidad o frecuencia de la violación de derechos constitucionales, generando una contradicción bastante amplia entre el artículo 87 de la Constitución de la República y 27 de la LOGJCC, pues mientras el primero intenta precautelar cualquier violación de los derechos contenidos en la Constitución, la segunda en cambio le resta eficacia al tornar, de manera indirecta, las medidas cautelares en procesos formales y de conocimiento, al establecer indirectamente la necesidad del afectado de presentar pruebas que determinen la irreparabilidad, gravedad o frecuencia del daño en el momento de su petición.

De igual modo limita la adopción de medidas cautelares, al disponer que no procederán cuando existan otras medidas en las vías administrativas

u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección. Sobre este punto cabe mencionar, como había dicho con anterioridad, que si bien es cierto el artículo 27 de la LOGJCC intenta implantar la subsidiaridad de las medidas cautelares al limitar su aplicación, también es cierto que la naturaleza de las medidas cautelares es justamente de la evitar o cesar la vulneración de un derecho constitucional, por lo que distan notablemente de la naturaleza de las medidas cautelares aplicadas en la justicia ordinaria que tienen como objeto precautelar los derechos de las partes dentro de una controversia judicial. Por tanto, no se puede proponer una medida cautelar contra otra medida cautelar de la misma naturaleza.

Así mismo, las medidas cautelares no pueden ser provistas cuando se traten de órdenes judiciales o conjuntamente con una acción extraordinaria de protección. Dichas limitaciones tienen como fundamento el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y expedita, y el de contar con un recurso judicial justo, idóneo y eficaz. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el no contar con medios suficientes para ejecutar las decisiones judiciales dictadas en cualquier proceso genera la inutilidad fáctica de los recursos judiciales.¹⁸ Por lo expuesto no quiero decir que las sentencias judiciales no puedan vulnerar derechos constitucionales, sin embargo tampoco las garantías constitucionales, en este caso las medidas cautelares, pueden presentarse como mecanismos para retardar la justicia y la reparación proveniente de sus decisiones.

El artículo 31 de la LOGJCC contiene las características que engloban el procedimiento de las medidas cautelares. En este sentido, cabe precaver que se trata de garantías de protección de derechos constitucionales que intentan evitar la generación o prolongación de un daño, por lo que su procedimiento debe ser informal, sencillo, rápido y eficaz en todas sus fases. Continúa además obligando al juez a buscar los medios más sencillos para lograr evitar el daño y precautelar el derecho posiblemente vulnerado.

La informalidad se vincula a la forma de la petición. El artículo 32 de la LOGJCC aplica el principio de acción popular, al establecer que

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia del 6 febrero 2001.

cualquier persona o grupo de personas podrán interponer una petición de medidas cautelares, ya sea de manera verbal o escrita ante cualquier jueza o juez.

La petición podrá ser interpuesta conjuntamente con la demanda de cualquier garantía jurisdiccional, siempre que cumpla con el objetivo de detener la violación de un derecho fundamental. En estos casos las medidas cautelares serán resueltas de manera independiente y no mediará la calificación de la demanda de garantías jurisdiccionales para ser adoptadas.

La jueza o juez, al momento de conocer sobre la petición de medidas cautelares, si por los hechos cumple con todos los requisitos, debe otorgar las medidas correspondientes, sin que para lo dicho exista la necesidad de presentar pruebas que determinen dicha vulneración; de igual manera, no deberá notificar a las partes sobre la presentación de dichas medidas.

El hecho de no notificar a las partes podría percibirse como un acto que vulnera el derecho al debido proceso y a la defensa, sin embargo, debo recordar que las medidas cautelares no son un proceso de conocimiento o contencioso, en el que se encuentren derechos en conflicto. Al contrario es simplemente un proceso cautelar y suspensivo que tiene como objeto evitar la amenaza de un derecho constitucional, mas no debe pronunciarse sobre el fondo. Igualmente cabe recalcar que los efectos de las medidas cautelares tienen como principio la temporalidad, por lo que no pueden y no deben ser perpetuos, así el juez que los emite debe establecer con claridad cómo y cuándo se deben cumplir dichas medidas cautelares.

Por ese motivo, al tratarse de procesos en los que no se establecen o reconocen derechos, tampoco resultaría necesario notificar a las partes sobre dicho proceso, lo cual no implicaría la vulneración del derecho a la defensa o debido proceso, pues no pone en riesgo alguno los derechos de ninguna de las partes. Así, el debido proceso es aplicable en todo proceso administrativo o jurisdiccional, en el cual el Estado tenga un poder sancionatorio y se pronuncien sobre derechos de los particulares.¹⁹ En el caso de las medidas cautelares, estas no responden a un proceso sancionatorio, pues no existe un pronunciamiento sobre el fondo o particularidades del

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia del 2 febrero 2001.

caso, simplemente es un proceso precautelatorio que procede por la simple amenaza de derechos constitucionales y no tiene el carácter de definitivo.

Eso no excluye la posibilidad de que la jueza o juez, en caso de creerlo necesario, convoque a una audiencia a las partes involucradas donde pueda ordenar las medidas cautelares, supervisarlas, delegarlas o revocarlas (artículo 36, LOGJCC).

En caso de ordenar las medidas cautelares, el juez debe individualizar las obligaciones, positivas o negativas, que deberá cumplir el destinatario y las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Para ordenar las medidas cautelares, el juez usará los medios que sean necesarios, inclusive su actuación de forma verbal. En caso de la negativa a la petición de medidas cautelares, esta se hará mediante resolución, de la cual no cabe recurso alguno.

Una vez otorgadas las medidas cautelares, el juez podrá delegar a cualquier entidad del Estado encargada de la protección de los derechos constitucionales, la adecuada supervisión de la ejecución de las medidas adoptadas (artículo 34, LOGJCC).

Las medidas cautelares solo podrán ser revocadas una vez que se haya evitado o interrumpido la violación de los derechos, hayan cesado los requisitos para interponerla o se demuestre que no tenía fundamento, para lo cual las personas involucradas deberán informar a la jueza o juez la ejecución de las medidas cautelares. Dicha información también debe ser observada y suministrada por el propio juez, quien deberá verificar de manera directa que las medidas cautelares fueron cumplidas en los términos y en el tiempo establecidos por su judicatura.

Cabe destacar en ese sentido que el artículo 35 de la LOGJCC indica que el auto de no revocatoria de las medidas cautelares podrá ser apelado en el término de 3 días, lo que lleva a preguntarse qué sucedería en caso del auto que revoque las medidas cautelares. Una lectura literal del artículo 35 de la LOGJCC generaría una diferenciación no justificada entre las personas o instituciones que deben cumplir las medidas cautelares y aquellas que las solicitan, pues mientras las primeras pueden apelar el auto de no revocatoria de las medidas cautelares; las segundas no pueden hacerlo respecto del auto que las revoca, lo que vulneraría el derecho a la igualdad.

5. Conclusiones

Como se ha visto, las medidas cautelares, por su naturaleza, cumplen un papel importantísimo dentro del sistema de protección de los derechos constitucionales en Ecuador, como tal es una garantía que propende a evitar o cesar un daño producido por la violación de derechos humanos, motivo por el cual juega un doble papel. El primero se traduce en la posibilidad de toda persona de no ver interrumpido el ejercicio de un derecho constitucional por la posible actuación irregular de una autoridad pública o de un particular. El segundo, permite al Estado contar con un mecanismo de alerta para evitar que su actuación vulnere derechos constitucionales, impidiendo de esta forma la generación de un daño que afecte el ejercicio de un derecho por parte de cualquier persona en el territorio nacional.

De esa misma manera, la inmediatez y eficacia de las medidas cautelares, traducidas en la informalidad del proceso, permite contar con un mecanismo rápido e idóneo que interrumpe la violación de un derecho constitucional y adecua de esta forma la práctica del derecho en Ecuador, pues disciplina a las juezas y jueces de la justicia ordinaria y constitucional dentro de los procesos de su conocimiento. Dicho proceso de disciplina se observa en los efectos que genera la medida cautelar al disponer la suspensión de los efectos del acto, administrativo o particular, que amenaza con vulnerar un derecho, lo cual obliga a las autoridades judiciales y administrativas a decidir sobre los procesos puestos en su conocimiento de manera expedita.

Si bien es cierto, existen contradicciones latentes entre la naturaleza de las medidas cautelares propuestas en el artículo 87 de la Constitución de la República y la LOGJCC, también es cierto que corresponderá a la Corte Constitucional, mediante el proceso de revisión de sentencias o consultas constitucionales, establecer los cánones interpretativos y disciplinarios sobre este procedimiento, más aún al establecer los contenidos relacionados con conceptos establecidos legalmente como irreparabilidad, intensidad o frecuencia del daño, propugnando de esta manera mayor amplitud en la proposición de estas medidas.

Por último, cabe recalcar que las medidas cautelares son una verdadera garantía constitucional, que a pesar de no pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado, sirven como un mecanismo para evitar la violación de

derechos constitucionales y al mismo tiempo resguardan la capacidad del Estado de contar con recursos justos, idóneos y eficaces para cesar y evitar la privación del ejercicio de un derecho y así establecer las bases fundamentales de un Estado constitucional y garante de los derechos constitucionales.

6. Bibliografía

Libros y artículos

- Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Compendio de Resoluciones de la Corte. Medidas provisionales*. Publicaciones de la OEA, 1987 – 1996, n.º 1, 1996.
- De la Jara, Ernesto. “Manipulación política de los derechos humanos”. Internet. <http://www.revistadeele.com/nodel1017>. Acceso: 12 septiembre 2011.
- Oyarte, Rafael. *La acción de amparo constitucional*. Quito, Fundación Andrade y Asociados, 2006.
- Rey Cantor, Ernesto. *Medidas cautelares y medidas provisionales ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos*. Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005.
- Villarreal, Roberto. *Medidas cautelares. Garantías constitucionales del Ecuador*. Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2010.

Jurisprudencia nacional y de la CIDH

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia del 6 febrero 2001.
- _____. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Solicitud de medidas cautelares.
- _____. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, sentencia del 2 febrero 2001.
- Juzgado Primero de Inquilinato y Relaciones Vecinales de Pichincha. Acción de medida cautelar n.º 954-2009-s. Quito, viernes 27 noviembre 2009.

Tribunal Constitucional de Ecuador. Resolución n.º 279, registro oficial n.º 239 del 24 diciembre 2003.

_____. Resolución n.º 364, registro oficial suplemento n.º 380 del 31 julio 2001.

Resoluciones sobre medidas provisionales Corte IDH

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asunto Alvarado Reyes y Otros, Medidas Provisionales Respecto de los Estados Unidos Mexicanos. 15 de mayo de 2011.

_____. Asunto de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz. Medidas Provisionales respecto de Colombia. 22 noviembre 2010.

_____. Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa. Medidas Provisionales respecto de Brasil. 25 febrero 2011.

Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección

Juan Montaña Pinto*

1. La acción de protección: herramienta básica de garantía de los derechos constitucionales

De acuerdo con el artículo 1 de la Constitución el Estado ecuatoriano es un Estado Constitucional de derechos. Esta definición del constituyente no es una mera declaración retórica, significa muchas cosas, y muy importantes,¹ pero fundamentalmente indica que el Estado justifica su existencia en razón de la protección, tutela o garantía de los derechos, convertidos en normas jurídicas plenamente eficaces.

Ahora bien, siguiendo a Kelsen la teoría jurídica tradicional considera que la eficacia de los derechos depende de que existan mecanismos que permitan su tutela o garantía.² En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 incorpora una serie de mecanismos o instrumentos que permiten evitar la vulneración de los derechos antes de que esta se produzca, o mitigar y reparar las violaciones cuando estas ya han producido un daño. Esto hace que la Constitución ecuatoriana pueda ser calificada de garantista.³

Una de las principales innovaciones de la Constitución ecuatoriana vigente es la importancia que en ella tienen los derechos humanos no

* Director Ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

1 Montaña, Juan. "Supremacía de la Constitución y control de constitucionalidad". *Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional*. AA.VV. Quito, 2008, pp. 110 a 114.

2 Zolo, Danilo. "La strategia della cittadinanza". *Cittadinanza, appartenenza, identità, diritti*. Bari, Ed. Laterza, 1994, p. 33.

3 Ávila Santamaría, Ramiro. *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito, Corte Constitucional de Ecuador, 2011, p. 147.

solamente dentro de la llamada parte dogmática de la Constitución, que establece un extenso catálogo de derechos con sus respectivos mecanismos de garantía y frente a cualquier forma de poder; sino que además construye toda su estructura orgánica y la finalidad ulterior del Estado en la eficacia material de los derechos de las personas y de la naturaleza.

Específicamente establece lo que la doctrina denomina garantías primarias que, según Ferrajolli, son aquellas que sirven para garantizar el buen funcionamiento del Estado y del sistema jurídico entre las que se destacan la caracterización del Estado como Estado de derechos, el reconocimiento del principio de legalidad, la normativización del principio de supremacía de la Constitución y la definición de los fines últimos del Estado. Hay también, según la doctrina, garantías secundarias que son aquellos mecanismos administrativos o jurisdiccionales que permiten proteger los derechos de las personas en casos concretos;⁴ y por último existen algunas garantías extrajurídicas denominadas garantías sociales que, según Gerardo Pisarello, serían aquellos mecanismos de presión social, en manos de las personas y los grupos, que sirven para forzar al Estado al cumplimiento de sus obligaciones, así como vigilar el buen funcionamiento de los poderes públicos.

Entre las garantías secundarias o específicas, la Constitución incorpora al ordenamiento jurídico tres tipos de garantías: las normativas, las de políticas públicas y las jurisdiccionales. Las garantías normativas están establecidas en el artículo 84 de la Constitución y se derivan del deber general de adecuación de las normas jurídicas a los derechos establecidos, tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos; y permiten evitar⁵ que las actuaciones de los poderes públicos puedan causar desconocimiento o daño a los derechos reconocidos.

Las garantías de políticas públicas tienen como sustento teórico tanto la obligación general de abstención del Estado frente a los derechos, en el sentido de que el Estado no puede realizar actos violatorios de los derechos humanos, como la obligación de tutela o garantía que implica por

4 Ferrajolli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 43.

5 Las garantías normativas son por naturaleza preventivas porque por lo general prescriben prohibiciones, obligaciones y acciones previas a las conductas que configuran la vulneración de los derechos. Véase Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, pp. 155 y 156.

parte del Estado realizar acciones positivas tanto para promover la efectiva realización de los derechos, como para evitar que terceros los desconozcan. En la Constitución ecuatoriana están establecidas en el artículo 85 y obligan al Estado a formular, desarrollar y evaluar todas políticas, planes y programas a la luz del contenido de los derechos, de tal suerte que todas tengan como finalidad ulterior la eficacia real de la igualdad y los demás derechos constitucionales.

Finalmente están las garantías jurisdiccionales o concretas, típicas del Estado constitucional de derecho,⁶ que son los mecanismos procesales que permiten a los titulares de un derecho, sean individuales o colectivos, la tutela directa y eficaz de los derechos constitucionales; aparte de su consagración constitucional, su característica fundamental es que son los jueces los encargados de garantizar a nombre del Estado esta protección.

Entre las garantías jurisdiccionales la Constitución reconoce la existencia de siete mecanismos procesales específicos y especializados que permiten a las personas y colectivos, por intermedio de los jueces, garantizar efectivamente sus derechos. Estos son: las medidas cautelares, la acción de protección, el hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, la acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección.

De todas las garantías jurisdiccionales de los derechos, como veremos a continuación, tal vez la más importante, en función de su ámbito de protección, es la acción de protección ya que sirve para lograr la tutela general de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; no hay que olvidar que la acción de protección es —o constituye— la cláusula general de competencia en materia de garantías, de tal manera que mediante ella se pueden garantizar todos los derechos, en particular aquellos que no tengan o no estén amparados por una vía procesal especial, y en tanto tal, se constituye en la herramienta básica para la garantía de los derechos de las personas, colectivos y de la naturaleza en Ecuador, ya que es el instrumento básico

6 Según Ferrajoli, la existencia de garantías jurisdiccionales efectivas es la que hace la diferencia fundamental entre los Estados constitucionales surgidos después de la Segunda Guerra Mundial y las formas anteriores de Estado de derecho. Véase Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 856 y 857; también del mismo autor *Derechos y garantías: la ley del más débil*, *op. cit.*, pp. 59 a 65.

e inmediato con que cuenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano para tutelar eficazmente los derechos.

2. Naturaleza de la acción de protección

En la Constitución de 1998, la acción de tutela de los derechos, llamada recurso de amparo, tenía en teoría un carácter preferente, sumario y mixto, es decir, cautelar y reparatorio a la vez. Se podía utilizar para evitar la vulneración de un derecho fundamental como también para reparar el daño causado.

De acuerdo con el artículo 95 de la derogada Constitución de 1998, la acción de amparo tenía por objeto cesar, evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de la vulneración de un derecho fundamental.

En cuanto al carácter preventivo o cautelar el recurso debía servir para que la jurisdicción constitucional a petición de parte interviniera antes de que los efectos llegaran a existir o se materializaran las consecuencias de la violación del derecho; en cuanto al carácter reparatorio, como su nombre lo indica, el juez debía actuar para resarcir o reparar un daño causado o consolidado, siempre y cuando este daño tuviera remedio, es decir, pudieran las cosas volver a su estado anterior, porque si no la vía procesal era la ordinaria.⁷ Esto quiere decir que la realidad procesal determinó que en la práctica este recurso se convirtió en una garantía exclusivamente preventiva o, en términos más precisos, provisional, mientras que la reparación del daño fue reconducida por la práctica forense al procedimiento ordinario civil o contencioso-administrativo.

También hay que decir que el recurso de amparo tampoco cumplió con la función esencialmente cautelar o preventiva que se le atribuyó en los hechos, puesto que si nos atenemos al sentido común y al significado

7 Con el argumento de que la acción de amparo era subsidiaria, es decir, que no tenía por objeto reemplazar otros procedimientos judiciales establecidos, la posibilidad de actuar mediante el amparo en actos ya ocurridos o terminados, solamente se produce cuando el juez puede dejar sin efecto alguno el acto impugnado y volver las cosas a su estado anterior mediante una medida no indemnizatoria; cuando ello no era posible la vía no era constitucional. Sobre el particular: Ramiro, Rivadeneira. "La acción de amparo constitucional". *Procesos constitucionales en el Ecuador*. Coord. Rafael Oyarte. Quito, Tribunal Constitucional / Corporación Editora Nacional, 2005, pp. 92-93.

jurídico más aceptado, en una acción o recurso que merezca el adjetivo de cautelar no podría existir, como bien dice Ramiro Ávila,⁸ un procedimiento contencioso en sentido estricto, sino que el juez debería actuar de inmediato y tomando todas las medidas necesarias para evitar o mitigar el daño; pero en lugar de ello la existencia del requisito de la gravedad e inminencia del daño convirtió al recurso de amparo en un verdadero proceso contencioso donde la prueba de la inminencia y gravedad del daño se transformó en la verdadera razón de ser de un proceso que debía ser informal, rápido y ágil.

Todas estas razones, en particular su inadecuación para reparar adecuada e integralmente el daño causado y la virtual imposibilidad de utilizarla rápida y efectivamente como medida cautelar, llevaron al recurso de amparo a una crisis de operatividad sin precedentes.

El constituyente de Montecristi consciente de esta situación quiso cambiar la situación precisando los conceptos, estableciendo normativamente que las garantías son de dos tipos preventivas y reparatorias y dividiendo el antiguo recurso de amparo en dos acciones independientes: las medidas cautelares cuando se trate de evitar la vulneración de un derecho constitucional, y la acción de protección para reparar integralmente el daño a un derecho cuando este se causa efectivamente.

Este cambio normativo como se ve no es solo de nombre, sino que existen fundamentales diferencias entre una y otra institución: mientras que la acción de amparo es mixta, la acción de protección es reparatoria; el recurso de amparo busca la suspensión temporal o definitiva del acto impugnado, la acción de protección logra la reparación integral del daño causado. El amparo es un recurso, la protección es una acción; el amparo tiene una estructura esencialmente administrativa, la acción de protección es típicamente jurisdiccional y constitucional. El amparo termina con resoluciones, la protección con sentencias; el amparo solo procede cuando el daño es grave e inminente, actual y directo lo que no ocurre con la protección donde lo importante es la relevancia constitucional de la violación.

8 Ávila Santamaría, Ramiro. "Las garantías: herramientas imprescindibles del cumplimiento de los derechos". *Desafíos constitucionales: la Constitución Ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 96.

3. El objeto y los elementos de la acción de protección

De acuerdo con la Constitución (art. 88) y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (art. 39), la acción de protección tiene como finalidad el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales que han sido efectivamente vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública no judicial, contra políticas públicas,⁹ o cuando la privación provenga de un particular.

Deconstruiré el enunciado y analizaré el significado de cada uno de estos elementos.

En armonía con lo dispuesto tanto en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en los artículos XVIII y 25 del Pacto de San José, que establecen la obligación general de los Estados democráticos de garantizar que toda persona pueda contar con un recurso efectivo ante los tribunales para lograr la protección contra actos que violen sus derechos,¹⁰ la Constitución concibe a la acción de protección como un mecanismo directo y eficaz para que cualquier persona o colectivo, mediante procedimiento breve, informal y sencillo, acuda ante los jueces para obtener rápida y de forma oportuna la protección necesaria frente a hechos y actos jurídicos que violen efectivamente sus derechos.

Cuando la norma constitucional alude a derechos constitucionales significa que la protección reforzada de la acción de protección cubre a todos los derechos relacionados con la dignidad de las personas y de la naturaleza, y no solo —como ocurría en el pasado— con algunos derechos subjetivos considerados fundamentales en contraposición con otros etiquetados como no fundamentales, siguiendo a Kelsen, por no contar con la debida garantía jurisdiccional;¹¹ esto por cuanto en Ecuador, como mencionamos antes, todos los derechos están garantizados judicialmente, y lo que es más importante, se reconoce el principio de interdependencia e igual jerarquía de los derechos.

9 La Constitución en el artículo 88 condiciona la procedencia la acción de protección frente a políticas públicas, a una condición obvia: cuando estas impliquen restricción o privación del goce de un derecho.

10 Ver artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25 del Pacto de San José.

11 Sobre el particular véase Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 61.

Esta determinación constitucional es un avance muy revelador respecto de lo que ocurre en otras legislaciones y con lo que ocurría en Ecuador en vigencia de la anterior Constitución, de acuerdo con la cual algunos derechos — en particular los llamados derechos económicos, sociales y culturales— no podían ser reclamados directamente mediante la acción de amparo, debido a que su cumplimiento estaba condicionado a la capacidad presupuestaria del Estado para lograr su efectiva vigencia.

El siguiente elemento esencial de la norma establece que la acción de protección tiene que ver con los obligados por la norma. En atención a la naturaleza de los derechos como límites al poder del Estado, y en concordancia con el principio de sujeción de todos los poderes públicos a los principios, valores y reglas de la Constitución establecidos en el artículo 426 de la Constitución,¹² por regla general, el sujeto activo de la vulneración del derecho y el sujeto pasivo de la acción de protección, son las autoridades públicas, particularmente aquellas que no ostentan la calidad de juez.

Esto último por cuanto en el ordenamiento ecuatoriano, a diferencia de otros donde la tutela o amparo constitucional son la única vía procesal procedente para defender los derechos constitucionales, el constituyente creó una acción especial para proteger los derechos contra los atentados al debido proceso causados por la acción de un juez en el ejercicio de sus funciones.

Pero, como se verá más adelante al hablar de los requisitos de procedibilidad de la acción, también son objeto de esta los particulares, sean personas naturales o jurídicas;¹³ de tal manera que en el actual sistema constitucional ecuatoriano, se admite plenamente la *drittwirkung* y la extensión de la eficacia de los derechos a las relaciones entre particulares.

El último elemento normativo que determina el objeto y alcance de la acción de protección es la definición constitucional según la cual, mediante esta vía procesal se pueden proteger o reparar las vulneraciones de los derechos producidas por la formulación, ejecución, monitoreo y evaluación de las políticas públicas.

12 En el derecho comparado existen enunciados normativos y normas análogas, como por ejemplo el artículo 9, numeral 1 de la Constitución española de 1978 y el artículo 1, numeral 3 de la Ley Fundamental de Bonn.

13 Véase “Exposición de Motivos” de la LOGJCC, p. 10.

Como se sabe, las políticas públicas son un concepto que la Constitución ecuatoriana importa de la ciencia política y hace referencia al conjunto de planes, programas y acciones concretas, que en el marco de la Constitución y la ley, definen la forma en que el Estado interviene para resolver los problemas o las cuestiones que hacen parte de la agenda pública y que, por tanto, interesan a una determinada sociedad o comunidad.

En este sentido, el constituyente ecuatoriano ha querido vincular la finalidad ulterior del Estado, que como nos dice el artículo 11, numeral 9 de la Constitución es la garantía y el respeto de los derechos constitucionales, con la formulación y ejecución práctica de las políticas públicas, de tal suerte que cuando una política pública no se oriente a la efectivización de los derechos, o bien debe reformularse como plantea el artículo 85 de la Constitución, o bien cuando esa desatención del derecho llega al punto crítico de causar un daño concreto a una persona, a un colectivo o a la naturaleza, debe repararse y esa reparación se hace realidad mediante la acción de protección.

4. Requisitos generales de procedibilidad de la acción de protección

En desarrollo de esta definición general, sobre el objeto de la acción, el artículo 40 de la LOGJCC establece los requisitos de procedencia o procedibilidad de la acción de protección, a saber:

En primera instancia el requisito de procedibilidad básico, aunque no claramente establecido en el artículo 40, numeral 1 de la LOGJCC,¹⁴ es el carácter constitucional o iusfundamental del derecho violado. Esto significa que para que proceda la acción de protección, la vulneración del derecho necesariamente debe afectar el “contenido constitucional” del mismo y no a las otras dimensiones del derecho afectado por la acción u omisión de la autoridad o del particular. Ello por cuanto, como bien ha demostrado Ferrajoli,¹⁵ todos los derechos tienen varias dimensiones, las garantías jurisdiccionales y particularmente la acción de protección han

14 Pero sí deducible del artículo 42 de la LOGJCC a partir de una interpretación en contrario, pues este último artículo establece como causal de improcedencia que no hay claridad sobre la violación de un derecho constitucional. En otras palabras esto significa que para que proceda la acción se requiere que se haya vulnerado un derecho constitucional.

15 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 45 a 50.

sido instituidas para tutelar aquellos aspectos de los derechos de las personas y de la naturaleza relacionados con su dignidad. Si se trata de una vulneración de otra dimensión legal, particularmente del ámbito patrimonial del derecho, la vía procesal adecuada para resolver el conflicto está definida y desarrollada por el derecho ordinario.

En segundo lugar, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 40 de la LOGJCC, otro requisito de procedibilidad, esta vez expreso, determina que para que la violación de un derecho constitucional se pueda remediar por medio de la acción de protección, se requiere que el derecho concreto vulnerado no tenga en el ordenamiento jurídico una garantía especial. Como se sabe, la Constitución ecuatoriana garantiza la vigencia de una serie de derechos relacionados con el reconocimiento de la dignidad, algunos de los cuales tienen una acción específica. Este es el caso por ejemplo de la libertad,¹⁶ la garantía de la integridad física,¹⁷ y de la desaparición forzada que tienen una garantía específica: hábeas corpus; el libre acceso a la información generada por los poderes públicos que está garantizada por la recientemente constitucionalizada acción de acceso a la información pública; la intimidad personal que está tutelada constitucionalmente por la acción de hábeas data; el debido proceso jurisdiccional y sus derechos conexos (la imparcialidad de juez, la tutela judicial efectiva, el derecho de contradicción, el derecho a la doble instancia, etc.) que tienen una garantía específica: la acción extraordinaria de protección, y el derecho que tenemos todos quienes vivimos o transitamos por el Ecuador de contar con un ordenamiento jurídico eficaz que desarrolle en la práctica los valores y principios establecidos en la Constitución que se garantiza por medio de la mal llamada acción por incumplimiento.

El tercer requisito de procedibilidad de la acción de protección está establecido en el numeral segundo del artículo 40 de la LOGJCC, tiene que ver con la especificación del mandato constitucional respecto de que la violación del derecho necesariamente debe ser el resultado de la acción u omisión de autoridad pública no judicial.

Además, como se dijo con anterioridad cuando se examinó el objeto de la acción de protección, la Constitución y la LOGJCC (art. 40,

16 Que incluye garantías contra detención arbitraria y la caducidad de la prisión preventiva.

17 Incluyendo la prohibición de la tortura y los tratos crueles y degradantes.

numeral 3) extienden el carácter vinculatorio de los derechos no solo a los poderes públicos, sino también a los particulares (*Drittwirkung*). Respecto de la *Drittwirkung* cabe recordar que, en Ecuador la capacidad tutelar de los derechos frente a los particulares, recogida de las más modernas tendencias doctrinales y jurisprudenciales, amplía significativamente la eficacia de los derechos frente a particulares, al determinar que la acción de protección procederá “contra toda acción u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado cuando, presten servicios públicos impropios, presten servicios públicos por delegación o concesión, provoquen un daño grave, o la persona se encuentre en situación de subordinación o indefensión frente al poder económico, social, cultural o religioso, es decir, en general cuando los particulares actúan con *imperium*.”

Esta regulación general contrasta con el anterior régimen ecuatoriano de *Drittwirkung* que solo establecía como excepción la posibilidad de interponer recurso de amparo contra particulares. Recuérdense que tanto la Constitución de 1998 como la Ley Orgánica de Control Constitucional limitaban la posibilidad del amparo frente a particulares solo en el caso de que la acción u omisión de estos afectara grave y directamente un interés comunitario, colectivo, o un derecho difuso.¹⁸

Por último, en armonía con el mandato constitucional de búsqueda de la igualdad material o de resultados y la prohibición de cualquier forma de discriminación establecido en los artículos 11, numeral 2 y 66, numeral 4 de la Constitución, la acción de protección procede cuando se haya producido un acto discriminatorio contra una persona bien sea por acción u omisión de cualquier persona o entidad pública o privada. Esta norma es obvia, pero no por ello menos necesaria, toda vez que desarrolla a un nivel procesal concreto el derecho a la igualdad y no discriminación que, como se sabe, es el principio transversal más importante de toda la Constitución.

En ese sentido, el enunciado normativo constituye una precisión y una especificación normativa del carácter tendencialmente universal que

18 De acuerdo con la doctrina se conocen como derechos difusos aquellos cuyos titulares no son sujetos determinados o individualizados, sino que más bien tienen una pluralidad indefinida de beneficiarios. Sobre el particular véase AA.VV. *Garantías constitucionales: manual técnico*. Quito, INREDH, 2000, p. 68.

tiene la acción de protección, de esa forma procede y puede impetrarse contra cualquier forma de desconocimiento o violación del principio de igualdad en cualquiera de sus facetas. Como se deduce de su lectura, al aprobar el numeral 5 del artículo 41 de la LOGJCC, el legislador secundario quiso dejar fuera de toda duda y dotar de los más altos niveles de garantía la lucha contra la discriminación en cualquiera de sus formas, pues la igualdad es fundamento básico de todo Estado constitucional que merezca tal nombre.

5. Improcedencia de la acción de protección

De acuerdo con el artículo 42 de la LOGJCC, la acción de protección no procede cuando:

- 1) No sea posible determinar con exactitud la existencia de una violación a un derecho constitucional;
- 2) Cuando el acto u omisión que causó la violación del derecho haya sido revocado o extinguido, salvo que los efectos de dicho acto u omisión se mantengan en el tiempo y sean susceptibles de reparación;
- 3) Cuando a pesar de que el acto impugnado sea claramente inconstitucional o ilegal, sin embargo esta condición no implique la violación directa de un derecho constitucional;
- 4) Cuando el acto o la omisión pueda impugnarse por otra vía judicial, salvo que se demuestre que la vía judicial no es eficaz para reparar la violación del derecho;
- 5) Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho;
- 6) Cuando se trate de providencias judiciales; y finalmente
- 7) Cuando el acto impugnado tenga naturaleza electoral y pueda impugnarse ante el Tribunal Contencioso Electoral.

A pesar de la aparente claridad de los casos de improcedencia establecidos en la norma legal, algunos de ellos merecen un comentario particular en razón a su incongruencia con el texto y la filosofía garantista que defiende la Constitución. En cuanto al primer enunciado normativo analizado, el referente al carácter constitucional del derecho vulnerado, este

es un requisito obvio y tiene relación con la diferenciación planteada arriba entre derechos constitucionales y derechos patrimoniales, en el sentido de que solo es posible interponer esta garantía constitucional cuando se trate de una violación clara al contenido esencial de un derecho vinculado a la dignidad de las personas y de la naturaleza.

En cuanto al segundo caso, también es obvio que no se pueda imputar la acción de protección cuando la vulneración del derecho haya sido evitada, reparada o cuando hayan cesado sus efectos, y también es fácilmente comprensible la excepción establecida a partir de la cual si procede la acción cuando los efectos de la vulneración sean retrospectivos, es decir, cuando se mantengan en el tiempo a pesar de que el acto u omisión hayan terminado.

El tercer evento establecido en el artículo 42 busca diferenciar claramente el fenómeno y los efectos jurídicos de la inconstitucionalidad de una norma o acto jurídico y la vulneración concreta de un derecho, que si bien también está obviamente reñido con la Constitución, en el plano técnico no es lo mismo, ni tienen las mismas vías de solución. En el primer caso, los efectos de la inconstitucionalidad son generales y abstractos y la solución es extirpar del ordenamiento la norma o acto declarado inconstitucional, mientras que los efectos de la vulneración de un derecho constitucional, en la mayoría de los casos son subjetivos e *inter partes* y la solución es la reparación integral, que como veremos más adelante consiste en, de ser posible, volver las cosas a su estado anterior o resarcir material o inmaterialmente el perjuicio causado al derecho.

El cuarto caso de improcedencia establecido en el artículo 42 de la LOGJCC dispone que será improcedente la acción de protección cuando “el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”.

Esta disposición es muy curiosa, merece un estudio más profundo tanto desde el punto de vista formal como desde la óptica material.

En el plano de lo formal una primera lectura de la disposición, concordante con la definición clásica de acto administrativo, permitiría restringir su ámbito de aplicación a los actos administrativos de efectos particulares y concretos, dejando de lado aquellos actos los actos generales formalmente administrativos.

Una segunda lectura formal posible, sustentada en la sinonimia entre acto administrativo y acto de la administración, podría indicar que la causal de improcedencia solo es aplicable materialmente a los actos de la administración, esto es a las decisiones de los órganos y servidores de la función ejecutiva. Esta interpretación dejaría por fuera del filtro a los actos del resto de funciones y órganos del Estado no pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público.

Una tercera lectura, igualmente formal, de la disposición, concordante con la definición de acto administrativo como manifestación de voluntad de la administración dejaría por fuera del filtro analizado a un buen número de situaciones potencialmente violatorias de los derechos constitucionales que no estarían cobijadas por la restricción de improcedencia, haciendo inaplicable la disposición frente a las omisiones de los poderes públicos que generan vulneración a algún derecho fundamental.

Aunque no hay certeza sobre la intención del legislador al establecer esta redacción, y bien podría pensarse en que el objetivo de tal redacción era excluir a los actos administrativos del control mediante las garantías jurisdiccionales de los derechos, dejando como único mecanismo de control judicial la acción de plena jurisdicción ante el juez contencioso-administrativo; sin embargo, una lectura sistemática de todo el capítulo relativo a la acción de protección, parece indicar que lo que ocurrió fue una advertencia del legislador. En consecuencia, la solución —interpretación— constitucional correcta sería que cuando leemos acto administrativo en realidad el legislador secundario quiso decir actos y omisiones de autoridad pública; y que todos los actos de autoridad pública, así como las omisiones están sujetas a la acción de protección pero a la vez le son aplicables los filtros establecidos en el artículo 42, numeral 4 de la LOGJCC.

Desde el punto de vista material la disposición introduce una vez más la noción de subsidiaridad o residualidad en la acción de protección; condición que además de ser un rezago del pasado, constituye claramente un desconocimiento del contenido y de la filosofía de los artículos 86 y 88 de la Constitución que expresamente eliminaron del ordenamiento jurídico el criterio de subsidiaridad de la acción de protección, y definieron como única condición para la procedencia de la acción la prueba siquiera sumaria de la violación del derecho constitucional. En ese sentido es

evidente que desde el punto de vista material la disposición legal es anti-constitucional y debiera ser expulsada del ordenamiento jurídico por medio del control abstracto o concreto de constitucionalidad.

Sin embargo, en la práctica, el numeral 4 del artículo 42 ostenta plena vigencia y eficacia; es más, si se revisan las motivaciones de la mayoría de los autos de inadmisión y rechazo de las solicitudes de amparo presentadas a consideración de los jueces constitucionales, por lo menos de la Corte Constitucional, en un porcentaje mayoritario el motivo de improcedencia alegado es el no agotamiento de las vías ordinarias de resolución del conflicto constitucional, con lo cual se ha logrado un efecto perverso desde el punto de vista de la eficacia de los derechos y de la materialidad de la Constitución: los jueces constitucionales ecuatorianos, a pesar de constatar vulneraciones de derechos constitucionales, están inadmitiendo la acción de protección, en razón de este enunciado normativo, con lo cual se está violando el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, reconocido en la propia LOGJCC en el artículo 4, numeral 7 (formalidad condicionada).

Cabe entonces preguntarse por la razón de tal desconstitucionalización, y lo que es más sorprendente, de la actitud pasiva de los usuarios de la institución y de los jueces constitucionales que no han hecho nada para oponerse a este vaciamiento constitucional.

Hay múltiples razones para ello, unas de carácter cultural, otras de naturaleza política, y otras más de índole técnico, que explicarían la vuelta de tuerca del legislador secundario en materia de subsidiaridad y residualidad de la acción de protección.

Entre las razones culturales debemos enfatizar en el carácter profundamente conservador, legalista y civilista de la cultura jurídica ecuatoriana derivada de una adscripción centenaria y sin matices al paleopositivismo. Ello hace que incluso a personas con una formación constitucional sólida les cueste entender la magnitud del cambio paradigmático operado por la Constitución y, en consecuencia, les sea muy difícil comprender la finalidad y el carácter específico y especializado de las garantías judiciales de los derechos y particularmente de la acción de protección. Esta barrera cultural ha suscitado una tendencia generalizada a la pervivencia y el mantenimiento de criterios y procedimientos propios del ámbito civil, mercantil o administrativo en el ámbito constitucional, particularmente en la resolución de las garantías jurisdiccionales.

Una lectura de esta naturaleza que ve a los derechos constitucionales como derechos patrimoniales ha producido una sensación de virtual yuxtaposición de competencias entre la justicia ordinaria y la constitucional, lo cual a todas luces debe ser evitado. El remedio encontrado por el legislador secundario es obvio: dentro de esta lógica había que minimizar los excesos del constituyente y establecer una serie de filtros que permitan garantizar la intangibilidad de la justicia ordinaria y sus fines en desmedro de la justicia constitucional y de la protección prioritaria de los derechos.

En el plano político debemos recordar que la actual configuración constitucional de las garantías jurisdiccionales se explica a partir de la preeminencia que en los debates de la asamblea constituyente tuvieron los sectores más progresistas dentro del conjunto de los constituyentes y sus equipos técnicos; hegemonía política que permitió configurar uno de los sistemas de garantía de los derechos más garantistas del espectro constitucional contemporáneo. En el caso de la redacción de la LOGJCC, esta correlación de fuerzas varió sustancialmente, de tal suerte que los sectores más conservadores y tradicionalistas pudieron hacer valer sus puntos de vista contrarios a la lógica del constitucionalismo transformador y deshacer lo “hecho mal” en la Constitución, y en particular corregir las graves distorsiones producidas por la indebida utilización de los procesos constitucionales, que pueden conducir a la ordinarización de la garantía.¹⁹ El mecanismo obvio encontrado por el legislador es la reintroducción del carácter residual y subsidiario de las garantías jurisdiccionales de los derechos frente a las vías ordinarias de solución de conflictos jurídicos.

Desde el punto de vista técnico la subsidiaridad consiste en la introducción de un criterio de temporalidad en el ejercicio de una acción. En el caso de las garantías jurisdiccionales, estas son subsidiarias si se establece una secuencia de intervención de las instancias judiciales de tal manera que lo que se pueda resolver por la vía ordinaria no sea susceptible de resolución constitucional. El efecto de la subsidiaridad es la imposición al demandante de la carga procesal de agotar previamente todas las

19 En este sentido, el legislador ecuatoriano recogió los argumentos y la lógica de los redactores del código constitucional peruano cuando en el artículo 5 de esa norma estableció la subsidiaridad del amparo para evitar su ordinarización. Sobre el particular véase Eguiguren, Francisco. “El código procesal constitucional peruano”. *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Ed. Dunia Martínez. Quito, CEDEC / Corte Constitucional, 2011, pp. 144 y 145.

instancias judiciales ordinarias antes de poder acudir a la protección constitucional de sus derechos.²⁰

Aunque haya algunas razones que pudieran aconsejar el establecimiento de controles o filtros que permiten evitar los supuestos abusos de los operadores jurídicos frente a las garantías, no podemos caer en el pragmatismo y en el voluntarismo y por esta vía desconocer la voluntad del constituyente y la lógica y la arquitectura constitucional. Desde el punto de vista técnico, la Constitución está por encima de la ley y los principios que informan el procedimiento constitucional, y tiene una jerarquía superior a las normas de desarrollo, de tal forma que desconocer esto es atentar contra la existencia misma del Estado constitucional de derechos que nos rige.

La intención del constituyente fue crear una acción que garantizara eficazmente y de manera oportuna y rápida la reparación integral frente a las violaciones de los derechos vinculados a la dignidad de las personas y la naturaleza; no fue crear una instancia adicional, por lo que no puede confundirse este fin con la posibilidad de ventilar litigios que aunque eventualmente pueden tener la misma causa, claramente están encaminados a cosas distintas reguladas por la ley. Un mismo acto u omisión puede generar al tiempo la vulneración de un derecho subjetivo o facultad legal y el desconocimiento de un derecho constitucional; para el primer caso están las acciones ordinarias y para el último las garantías jurisdiccionales, particularmente la acción de protección establecida en el artículo 88 de la Constitución.

Ante el trance de una eventual vulneración de un derecho constitucional no se puede obligar al afectado a acudir primero a la justicia ordinaria, cargada de formalidades, ni tampoco imponerle la carga procesal de demostrar que las vías ordinarias no son adecuadas ni eficaces, puesto que mientras ello ocurre seguramente la vulneración del derecho se consolida, se agrava y se hace irreparable.²¹ Esa no es ni será jamás la intención de la Constitución, por tanto una ley, por importante que sea, no puede introducir una variación que rompe con el contenido esencial de la institución.

20 Sobre el particular véase Rubio Llorente, Francisco. "El recurso de amparo constitucional". *La jurisdicción constitucional en España*. Madrid, CEC, 1995, p. 137.

21 Alarcón, Pablo. "Residualidad elemento generador de la ordinarización de la Acción de Protección". *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Ed. Claudia Escobar. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, p. 592.

La parte final de la disposición legal genera otro problema de difícil solución: ¿Cuál es el criterio objetivo para que un juez constitucional pueda calificar si una vía es idónea y eficaz? ¿Bajo qué parámetros podría determinarse esa situación? Aparte de la mera arbitrariedad, la única respuesta admisible a esta cuestión es la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales que plantea Ferrajoli; o mejor en nuestro medio, donde no existe la categoría de derechos constitucionales, la distinción entre el ámbito o contenido constitucionalmente relevante y protegido y el ámbito de lo patrimonial o mera legalidad. Si se acepta este criterio, la limitación material establecida en el artículo 42, numeral 4 pierde sentido pues se hace innecesaria e ineficaz; con la establecida en el artículo 42, numeral 1 es más que suficiente.

En relación con la causal de improcedencia de la acción de protección establecida en el numeral 5 del artículo 42, esto es cuando con la acción el solicitante busque la declaración de un derecho; es un enunciado más que obvio; por cuanto, sin perjuicio del carácter no taxativo de la carta de derechos, los derechos constitucionales protegidos por la acción ya están declarados y establecidos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con lo que no corresponde determinar la existencia por medio de esta vía, ni ninguna otra de carácter judicial; en tal sentido, la labor del juez constitucional es garantizar y tutelar la eficacia de los derechos y no su existencia.

Respecto de la causal de improcedencia establecida en el numeral 6 del artículo 42, no hay mucho comentario que hacer, más allá de insistir en lo dicho cuando se analizó el objeto de la acción de protección y se explicó el alcance de esta acción como cláusula general de competencia en materia de garantías jurisdiccionales. Reitero que la acción de protección procede cuando no exista un mecanismo especial y especializado de protección; en el caso de las violaciones a los derechos constitucionales y al debido proceso, provenientes de las providencias judiciales el constituyente de Montecristi si lo estableció: la acción extraordinaria de protección.

En relación con el último enunciado normativo del artículo 42, establecido en el numeral 7, referente a la improcedencia de la acción de protección en materia electoral, este al igual que el definido en el numeral 4 genera serias dudas de constitucionalidad por cuanto deja por fuera de la

acción de las garantías jurisdiccionales las decisiones del Consejo Nacional Electoral.

Esta decisión del legislador secundario aparte de un capricho incomprensible derivado de las presiones políticas y de interpretaciones antojadizas que ven en el Tribunal Contencioso Electoral un juez de constitucionalidad de los derechos políticos, que la Constitución nunca determinó, viola la Constitución porque desconoce las competencias de la Corte Constitucional como órgano de cierre y máximo órgano de control constitucional. También vulnera flagrantemente el principio de supremacía de la Constitución, según el cual toda norma, función y autoridad debe someterse a los mandatos de la Constitución, pues deja por fuera del control constitucional las decisiones de un órgano concreto de una función del Estado, la función electoral. El argumento sería distinto si la Constitución o la ley le hubieran otorgado al Tribunal Contencioso Electoral la capacidad de conocer la acción de protección en materia electoral; como esto no ocurrió, el resultado de esta disposición es la intangibilidad de las decisiones del poder electoral, lo que repugna a un Estado constitucional de derechos donde son los jueces los encargados de garantizar la eficacia de *todos* los derechos reconocidos en la Constitución.

Ante la imposibilidad e inconveniencia de que la Corte Constitucional como máximo ente de la constitucionalidad del país declare de oficio la inconstitucionalidad de una norma, solo quedan dos caminos para sacar de la vida jurídica estas normas claramente contrarias a la Constitución: la presentación de una demanda de inconstitucionalidad mediante la vía prevista en el artículo 436, numeral 2 o bien por medio del procedimiento de control concreto de constitucionalidad, contemplada en el artículo 428.

6. La legitimación activa

En términos técnicos, la legitimación activa determina la capacidad para actuar en un proceso. En el caso de la acción de protección, al igual que en la mayoría de las acciones constitucionales reconocidas en la Constitución de Montecristi, la legitimación activa es abierta o popular, lo que significa que puede ser interpuesta por el afectado por la acción u

omisión o por cualquier persona sin necesidad de tener interés en la resolución del caso. En esto la Constitución de 2008 representa un avance muy significativo respecto de la legislación anterior, ya que la Constitución de 1998 determinaba que solo los directamente afectados o los representantes de una colectividad, además del Defensor del Pueblo, podían intervenir en el trámite de un amparo.

La razón de este cambio, se encuentra en la influencia que tuvo en la Constituyente el derecho y la jurisprudencia emanada del Sistema Interamericano que ha definido desde hace muchos años un sistema abierto, de acción popular para el trámite de los asuntos de su competencia, bajo la premisa de que las violaciones de los derechos humanos no son un problema individual o subjetivo sino que atañe a toda la colectividad. En el mismo sentido, el constituyente dejó claro que en materia de derechos y garantías la protección debida no concierne solo a los afectados sino que la protección de los derechos es un compromiso que concierne a toda la sociedad en su conjunto.

Pero una cosa es lo que dice la Constitución y otra las posibles interpretaciones que hace el legislador.

Este parece ser el caso del artículo 9 de la LOGJCC que determina que cualquier persona, nacionalidad, pueblo o comunidad indígena puede solicitar la protección de un derecho constitucional sea actuando directamente o bien por intermedio de representante o apoderado.²² De esta disposición algo confusa caben dos lecturas y dos normas contrapuestas: del enunciado normativo puede entenderse que para que la persona actué en protección de sus derechos necesita de un apoderado judicial, con lo que se estaría vulnerando el contenido del artículo 11, numeral 3 de la Constitución que prohíbe establecer requisitos o procedimientos adicionales a los definidos en la Constitución, en el sentido de introducir un requisito adicional, la presencia de un abogado experto en derecho, en el trámite de una acción de protección, lo que nos estaría devolviendo al sistema anterior; o también cabe decir que lejos de introducir un requisito adicional, la ley establece una alternativa garantista para aquellos que tengan la posibilidad de tener el auxilio de un profesional del derecho. Esta

22 Véase artículo 9, literal a de la LOGJCC.

última parece ser la interpretación correcta de la disposición, pues, es la lectura más conforme al espíritu y al texto de la Constitución.

7. El procedimiento de la acción de protección

7.1. El juez competente

De acuerdo con el artículo 7 de la LOGJCC, en el trámite de la acción de protección será competente cualquier juez de primera instancia del lugar donde ocurrió la vulneración del derecho constitucional. Esto tiene sentido en cuanto la acción de protección es el mecanismo por excelencia de garantía de los derechos frente a las acciones y omisiones tanto de los particulares, como de todo servidor público, y de lo que se trata es de dar agilidad y prontitud a la resolución de los asuntos relativos a los derechos.

Cuando existan varios jueces competentes en razón al territorio la ley prevé el mecanismo del sorteo inmediato. Cuando este sorteo no sea posible por haberse presentado la acción en un día no hábil, el afectado o la persona que presenta la acción podrán dirigirse a cualquier juez de turno quien conocerá el caso a prevención, a fin de garantizar la atención inmediata del asunto y la respectiva reparación integral.

7.2. Contenido de la demanda

Según se establece en el artículo 10 de la LOGJCC, el contenido de la solicitud de protección es el mismo para cualquier garantía jurisdiccional de que se trate. En primer lugar debe estar claramente establecido el nombre del o los accionantes y de la persona afectada, en caso de que no sean la misma persona; así mismo debe estar identificada con claridad la persona, entidad u órgano accionado con la determinación del lugar de notificación; en tercer lugar es necesario identificar y describir el acto u omisión que generó la violación del derecho constitucional; también es necesaria realizar por escrito o verbalmente la declaración de que no se ha planteado otra acción constitucional por los mismos actos u omisiones

contra la misma persona, grupo de personas, o comunidad y con la misma pretensión. Es importante resaltar que esta declaración juramentada puede hacerse hasta el momento de la primera audiencia pública que se realice durante la tramitación de la causa; igualmente, en caso de ser procedente, se podrán solicitar en la demanda la adopción de las medidas cautelares necesarias para lograr la efectividad de la acción de protección; así mismo, se expondrán al juez los elementos probatorios que permitan demostrar la existencia del acto u omisión causante de la vulneración del derecho constitucional, con la única excepción de aquellos casos en los que se invierta la carga de la prueba.

Si por cualquier razón la demanda carece de cualquiera de los elementos explicitados en el párrafo anterior, el juez de oficio devolverá la demanda disponiendo que se complete en el término de 3 días. Si transcurrido ese plazo la demanda no ha sido completada, pero del relato de los hechos se puede presumir la violación de un derecho, el juez de oficio deberá tramitarla subsanando la omisión del demandante.

De acuerdo con el artículo 11 de la LOGJCC, si la persona afectada por la violación no es el demandante, el juez deberá notificar al afectado/a, quien podrá de considerarlo necesario concurrir en cualquier momento del proceso y modificar la demanda, desistir de la acción o deducir los recursos que estén a su alcance para que proceda la audiencia.

7.3. Intervención de terceros interesados (*amicus curiae*)

Además, según dispone el artículo 12 de la LOGJCC, cualquier persona o grupo de personas que demuestren interés en la causa podrán presentar un escrito de *amicus curiae* en cualquier momento antes de la sentencia, documento que será incorporado en el expediente a fin de que el juez pueda ilustrarse mejor sobre el caso. De acuerdo con dicha norma legal, el juez puede además, de considerarlo necesario para tomar la decisión, convocar a una audiencia para escuchar los argumentos de las personas que hacen uso de la figura del *amicus curiae*.

7.4. Calificación de la demanda

Una vez presentada la solicitud de protección el juez deberá calificarla por medio de una providencia en la que deberá indicar:

- La admisión a trámite de la solicitud, o en su defecto, la decisión de inadmitirla con la indicación de los motivos por los que no procede la acción;
- La indicación clara de la fecha de audiencia, la cual deberá realizarse máximo en tres días a partir del día de la calificación;
- La orden del traslado de la solicitud al representante legal de la entidad pública demandada y a las personas que a su juicio deben comparecer en la audiencia;
- Cuando el juez lo considere pertinente, la orden para que las partes presenten en la audiencia los elementos probatorios necesarios para comprobar los hechos en los que se sustentan las supuestas vulneraciones a los derechos; y
- Cuando el juez lo considere procedente la orden de medidas cautelares.

7.5. La audiencia

La audiencia pública es obligatoria en el trámite de la acción de protección y se llevará a cabo bajo la dirección del juez en el día y hora señalados. En ella podrán intervenir tanto las partes como la persona supuestamente afectada en caso de que no exista identidad entre el demandante y la víctima de la vulneración. Así mismo, el juez podrá convocar a las personas que considere necesarias para formarse un juicio adecuado sobre el caso y poder resolver de la mejor manera.

La audiencia comenzará con la exposición breve del accionante o del afectado (en caso de no ser los mismos). De acuerdo con el inciso 1 del artículo 14 de la LOGJCC, el objeto de esta primera intervención es la demostración del daño causado y de los fundamentos de la acción, para lo cual tendrán 20 minutos.

Inmediatamente después intervendrá el representante de la entidad pública o del particular demandados, quien deberá contestar solamente respecto de los fundamentos jurídicos de la acción propuesta, para lo cual podrá utilizar hasta 20 minutos.

Tanto el accionante como el representante de la persona pública demandada tendrán derecho de réplica que en uno y otro caso no podrá pasar de 10 minutos.

Durante la audiencia el juez podrá hacer las preguntas que considere necesarias para resolver el caso de una mejor manera, o conducir la participación de los intervinientes. De acuerdo con la ley deberá poner mucha atención para evitar las demoras injustificadas.

La audiencia solo terminará cuando el juez se haya formado el suficiente criterio sobre el caso y no exista duda sobre la existencia o inexistencia de la vulneración de los derechos alegada por el accionante. Para ello el juez podrá si lo considera necesario suspender la audiencia y señalar fecha y hora para su continuación.

Una vez formado el criterio dictará la sentencia de manera verbal, expresando únicamente la decisión sobre el caso.

7.6. Formas de terminación del proceso

De acuerdo con la teoría general del proceso, aplicable en este caso al trámite de la acción de protección, hay formas ordinarias y extraordinarias de terminación de los procesos. La LOGJCC incorpora este concepto en el artículo 15.

De acuerdo con el numeral 3 del artículo 15 de la LOGJCC, *la forma normal u ordinaria de terminar el trámite de la acción de protección es la sentencia* dictada en la audiencia, una vez el juez se haya formado el necesario criterio jurídico sobre las pretensiones de la demanda.

Pero la ley reconoce también dos formas extraordinarias de poner fin a la acción: el *desistimiento* y el *allanamiento*.

- **Desistimiento:** de acuerdo con el numeral 1 del citado artículo 15 de la ley, el accionante o el afectado con la acción u omisión que produjo la vulneración del derecho podrá desistir por razones

personales, en cualquier momento del proceso, hasta antes de la sentencia. Esta forma de desistimiento es el *desistimiento expreso*.

Pero también existe, de acuerdo con la norma citada, figura del *desistimiento tácito*, que se produce cuando el accionante o la persona afectada no comparecen a la audiencia, sin que medie causa justificada, siempre que su presencia se considere necesaria para demostrar el daño.

En uno y otro caso los efectos del desistimiento son la terminación del proceso y el archivo del expediente.

- **Allanamiento:** el trámite de la acción de protección también puede terminar por allanamiento del demandado, sea una entidad pública o un particular; la cual deberá producirse hasta antes de que el juez dicte la sentencia.

El allanamiento puede ser *total o parcial*. Si el *allanamiento es total* el efecto es la *terminación automática de la acción*; si el *allanamiento es tan solo parcial*, el trámite seguirá para que el juez constitucional decida sobre los extremos de la demanda en donde no hubiere habido acuerdo.

En ambos casos el juez declarará probada la existencia de la vulneración del derecho y la forma de reparar la violación.

8. Acción de protección y reparación integral

8.1. ¿En qué consiste la reparación integral?

De acuerdo con la Constitución y la ley, el objeto de todas las garantías jurisdiccionales, pero particularmente de la acción de protección es la reparación integral del daño causado producto de la acción u omisión de una autoridad pública no judicial o de un particular. En palabras sencillas la reparación integral consiste en volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho si esto fuera posible, y si no lo es el objetivo subsidiario es subsanar el daño causado, daño que puede ser material o inmaterial para lo cual hay múltiples maneras de hacerlo, entre ellas la reparación económica.

8.2. Los elementos esenciales de la reparación integral

De acuerdo con la legislación ecuatoriana, para lograr la reparación y que esta pueda ser considerada como eficaz tiene que cumplir algunos requisitos. Debe ser: a) eficaz, b) eficiente, c) rápida, y, d) proporcional. Que la reparación integral sea eficaz significa que debe existir una clara individualización de las obligaciones, positivas o negativas que debe cumplir el destinatario de la decisión judicial que ordena la reparación y deben estar claramente definidas las circunstancias, modo y lugar en que estas deban cumplirse. Que sea eficiente y rápida significa que las obligaciones determinadas deben cumplirse en el menor tiempo posible; de tal manera que la reparación integral no puede ser morosa o tardía, porque al estar vinculada a la realización material o efectiva de la justicia, la justicia no puede ser tardía porque se transforma en injusticia. Que sea proporcional significa que debe haber un equilibrio y correspondencia entre el daño causado y las prestaciones debidas que constituyen la reparación; la reparación no busca el enriquecimiento o la mejora de la situación del beneficiario, sino su resarcimiento exacto.

8.3. El contenido de la reparación integral

El contenido de la reparación integral no está definido normativamente, es un dato de carácter fáctico. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, de acuerdo a la Constitución y la LOGJCC es vinculante en Ecuador, cuando se trata de resarcir el daño causado a los derechos constitucionales esta puede consistir en diversas acciones entre las que se destaca: a) la restitución plena del derecho; b) la garantía de no repetición; c) la obligación del Estado de investigar y sancionar a los responsables directos de la violación del derecho; d) la realización de actos y acciones de reconocimiento público; e) las disculpas públicas oportunas; f) la obligación del Estado de garantizar la dotación y prestación de determinados servicios públicos domiciliarios; g) la garantía de determinados derechos sociales básicos como la atención en salud, educación, vivienda, saneamiento básico, agua potable, etc., y por último si no existe otra manera de resarcimiento efectivo del daño; h) la compensación o indemnización económica.

En cuanto a la reparación o compensación económica, la Constitución y la LOGJCC determinan que esta es la última opción posible, cuando no existe otro modo adecuado de reparación. En caso de que los jueces constitucionales la ordenen, la determinación concreta del monto, no podrá hacerse directamente en la sentencia, sino que procederá mediante un incidente dentro del proceso constitucional que se tramita por medio del procedimiento establecido para el juicio verbal sumario, si es que el obligado es un particular, y del procedimiento contencioso-administrativo si el obligado es una entidad o institución del Estado.

A la determinación del daño realizada por el juez, pueden interponerse los recursos *horizontales* y *verticales*.²³

23 Véase en este libro el ensayo “Acción extraordinaria de protección: naturaleza, competencia y procedimiento”.

9. Bibliografía

- AA.VV. *Garantías constitucionales. Manual técnico*. Quito, Inredh, 2000.
- Alarcón, Pablo. “Residualidad elemento generador de la ordinarización de la Acción de Protección”. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Ed. Claudia Escobar. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Del amparo a la acción de protección jurisdiccional”. *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Ed. Dunia Martínez. Quito, CEDEC/Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- _____. “Las garantías herramientas imprescindibles del cumplimiento de los derechos”. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Eds. Ávila Santamaría, Ramiro et al. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- _____. *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito, CEDEC / Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- Escobar, Claudia, ed. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Ferrajoli Luigi. *Derecho y razón*. Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- _____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, UNAM, 1979.
- Martínez, Dunia, ed. *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, CEDEC/Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- Montaña, Juan. “Supremacía de la Constitución y Control de Constitucionalidad”. AA.VV. Quito, Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional, 2008.
- Oyarte, Rafael. *Manual de amparo constitucional*. Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, 2003.
- Rivadeneira, Ramiro. “La acción de amparo constitucional”. *Procesos constitucionales en el Ecuador*. Coord. Rafael Oyarte. Quito, Corporación Editora Nacional, 2005.

- Rubio Llorente, Francisco. “El recurso de amparo constitucional”. *La jurisdicción constitucional en España*. Madrid, CEC, 1995.
- Zolo, Danilo. “La strategia della cittadinanza”. *Cittadinanza, appartenenza, identità, diritti*. Bari, Ed. Laterza, 1994.

La acción extraordinaria de protección: naturaleza, competencia y procedimiento*

María Mercedes Lema**

1. Introducción

La Constitución del Ecuador, en el artículo 424, determina a la norma constitucional como suprema y prevalente respecto de cualquier otra del ordenamiento jurídico, que debe ser observada por el poder público en todos sus actos, bajo la prevención de que dichas actuaciones carezcan de validez jurídica de evidenciarse contrarias a las regulaciones constitucionales.

Como consecuencia de la afirmación del carácter normativo de la Constitución, esta se define como el límite obligatorio en el ejercicio del poder dentro del Estado, por su carácter preferente, vinculante y obligatorio. Límite, en la medida de que son los derechos reconocidos en ella, los que determinan prohibiciones y obligaciones que deben cumplir de manera explícita los distintos poderes del Estado, al igual que quienes comparten con él, atribuciones específicas, en función de su peculiar situación jurídica, política y social, como es el caso de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas.

El nuevo modelo constitucional entonces, garantiza la supremacía y eficacia de la norma constitucional por medio de la generación de todo un sistema que controle la constitucionalidad de las actuaciones del poder público, que está integrado por mecanismos de control que trascienden el ámbito estrictamente político, e integran el control de carácter jurisdiccional, que goza de objetividad en la medida de que existen parámetros

* Nota de los editores: Aclaremos que, por un error de edición se estableció erradamente la autoría de este artículo en la primera impresión de este libro.

** Asesora de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

claros de verificación de legitimidad en el ejercicio de la autoridad constituidos por la propia *norma constitucional*, así como consecuencias jurídicas previstas para casos de incumplimiento.

Este control en el régimen constitucional actual ha sido generalizado a todas las funciones del Estado: la función judicial, la administración de la justicia y, en general, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, la misma que está también obligada al cumplimiento estricto de la norma constitucional, y especialmente del respeto y la protección efectiva de los derechos de las personas y colectivos dentro de los procesos judiciales.

En este contexto se ha institucionalizado el control constitucional de las actuaciones judiciales por medio de una garantía jurisdiccional específica: acción extraordinaria de protección, que está prevista en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República y que cuenta con las características siguientes:

- *Independencia.* No guarda relación procesal con respecto de otras garantías jurisdiccionales, tales como la acción de protección, ni resuelve sobre los asuntos litigiosos que motivaron un proceso en la jurisdicción ordinaria.
- *Excepcionalidad.* Toda vez que solo procede contra determinadas actuaciones judiciales, y bajo el cumplimiento de ciertos requisitos de procedibilidad establecidos por la misma norma constitucional.
- *Especialidad.* Porque solo puede ser activada respecto de la vulneración de derechos constitucionales, producidos por acción u omisión, no así para la declaración de derechos patrimonial, o respecto de omisiones de carácter estrictamente legal.
- *Residualidad.* Porque únicamente cabe cuando se han agotado todos los mecanismos ordinarios y extraordinarios de impugnación de las decisiones jurisdiccionales cuestionadas.

2. ¿Qué es la acción extraordinaria de protección?

De acuerdo con lo establecido en el artículo 94, inciso 1 de la Constitución,¹ es la garantía jurisdiccional creada por la Constitución,

1 De acuerdo con el artículo 94, inciso 1 de la Constitución: “La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional.”

para proteger los derechos constitucionales de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades contra las vulneraciones producidas mediante los actos jurisdiccionales.

2.1. ¿Es la acción extraordinaria de protección una acción o un recurso?

Según el procesalista Alzina, “la acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica”, mientras que “recursos son los medios que la ley concede a las partes dentro del proceso, para obtener que una providencia judicial sea modificada o dejada sin efecto”. Otro importante procesalista, en este caso el maestro Carnelutti, dice que “los recursos no son otra cosa, que el modo de fiscalizar la justicia de lo resuelto”.

Si se hace un análisis lógico de estas definiciones y se las contrasta con la enunciación constitucional tenemos que concluir que la acción extraordinaria de protección es una acción porque: a) No tiene por objeto discutir la pretensión jurídica original, sino que su objeto es la verificación de si se ha violado o no derechos constitucionales en la providencia jurisdiccional cuestionada; b) No es una fase o instancia dentro del trámite del proceso, sino que implica el inicio de un nuevo procedimiento, de índole constitucional.

3. Objeciones contra la acción extraordinaria de protección

El objetivo del Estado de derecho y de los objetivos más importantes del proceso constituyente ecuatoriano fue, sin lugar a dudas, la sujeción del poder al derecho. Para que esto sea posible, entre las muchas transformaciones institucionales necesarias es indispensable construir una justicia constitucional eficaz y altamente profesionalizada, totalmente independiente del resto de los poderes del Estado, incluida la función judicial.

En este contexto, al interior de la Constituyente se discutieron profundas modificaciones de la estructura y función de los jueces, relacionadas con la necesidad de dar efectos reales y concretos al principio de supremacía de la Constitución en materia judicial. Uno de los puntos

nodales de la discusión constituyente fue la capacidad de controlar constitucionalmente las decisiones judiciales. Para ello fue necesario diseñar un mecanismo jurídico que hiciera posible el control jurídico de las decisiones de los jueces a fin de garantizar la sujeción de todos los servidores públicos a la Constitución. El mecanismo aprobado fue la llamada “acción extraordinaria de protección”.

Los enemigos de la figura² consideraron a la iniciativa constituyente como una grave vulneración a la unidad judicial, la seguridad jurídica, así como a la independencia de la función judicial. Los defensores de esta tesis argumentan que la revisión de las decisiones judiciales por parte de la justicia constitucional crea una instancia adicional y elimina la predictibilidad que debe tener el derecho en un Estado de derecho, introduciendo por la puerta de atrás el subjetivismo y la arbitrariedad en las decisiones judiciales.

Consideran en ese mismo sentido que darle capacidad a un ente ajeno a la función judicial para enmendar la plana de los jueces viola el principio de la unidad jurisdiccional, según el cual ninguna persona o autoridad podrá desempeñar funciones jurisdiccionales a excepción de los órganos que pertenecen a la función judicial.

Finalmente, consideran que la creación de un mecanismo jurídico como la acción extraordinaria de protección atenta contra la autonomía e independencia externa judicial en tanto pone en entredicho la autoridad de los jueces para tomar libremente sus decisiones sin estar sujetos a la tutela de un órgano o poder ajeno a ellos mismos.

4. Argumentos a favor de la acción extraordinaria de protección

Quienes argumentan contra la existencia de la figura, olvidan que la acción extraordinaria de protección nunca fue pensada por el constituyente como un control judicial adicional. Se trata en realidad de incorporar al ámbito del control de constitucionalidad las decisiones judiciales,

2 Con vergüenza debo decir que los enemigos del amparo contra sentencias judiciales coinciden con una porción importante del *stablishment* jurídico del país y una parte significativa de los miembros de la judicatura, que han sido formados y defienden una visión muy conservadora de lo jurídico.

que al igual que cualquier decisión de autoridad pública deben estar conformes al texto de la Constitución.

Pero además, con esta defensa ultramontana de la intangibilidad de las decisiones judiciales, quienes así argumentan, desconocen el derecho comparado europeo y latinoamericano. Recordemos que a partir de la irrupción del constitucionalismo del Estado social (en los años veinte del siglo pasado), la Constitución tiene una naturaleza mayoritariamente jurídica y por ende normativa, razón por la cual en opinión del propio Kelsen, debe existir un organismo extrasistémico que garantice esa condición normativa, incluyendo por supuesto una garantía frente a los actos judiciales; posición que además ha sido adoptada por todos los ordenamientos jurídicos latinoamericanos en los últimos 20 años.³

En ese sentido, lo que en realidad hay detrás de la impugnación a la acción extraordinaria de protección es la lucha final del positivismo criollo por impedir la constitucionalización del derecho y la consolidación de la Constitución como norma,⁴ por medio de una defensa fuera de época del fetichismo legal y la paragrafomanía de la teoría positivista de las fuentes del derecho, que ya en los años treinta del siglo pasado denunciaban autores tan prestigiosos como Alf Ross,⁵ y que por lo tanto no tienen cabida en el Ecuador del siglo XXI.

Pero más allá de discusiones políticas y doctrinales la acción extraordinaria de protección, tal cual fue pensada por el constituyente de Montecristi, tiene evidentes ventajas para la institucionalización de la justicia:

- Actualiza el ordenamiento ecuatoriano con los estándares internacionales de protección de derechos constitucionales;
- Ayuda a garantizar el principio de supremacía de la Constitución;
- Refuerza la vinculación de los jueces al debido proceso y los derechos constitucionales;

3 Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Lozada, 1941.

4 Montaña, Juan. "La función judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana". *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 203.

5 Sobre el particular véase Ross, Alf. *Teoría de las fuentes del Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007, pp. 241 a 249.

- Fortalece la debida motivación y la argumentación racional de las sentencias judiciales;
- Unifica la interpretación sobre derechos constitucionales;
- No pone en duda el principio de cosa juzgada si se establece un plazo perentorio para presentar la acción;
- Obedece a razones de carácter constitucional y no legal;
- Garantiza la justicia material de las decisiones judiciales.

5. Trámite de la acción extraordinaria de protección

5.1. Juez competente para conocer y tramitar la acción extraordinaria de protección

De acuerdo con el artículo 94 de la Constitución, la Corte Constitucional es el juez constitucional competente para conocer y resolver la acción extraordinaria de protección.

Esto tiene sentido en cuanto la acción extraordinaria de protección es un mecanismo excepcional que busca garantizar la supremacía de la Constitución frente a las acciones y omisiones tanto de los particulares como de todo servidor público, incluyendo a los jueces. En ese sentido, de acuerdo con los artículos 424 y 429 de la Constitución, la Corte Constitucional es el órgano constitucional creado por el constituyente, como máximo intérprete de la Carta fundamental y órgano de cierre de la jurisdicción; es obvio que sea la Corte la instancia natural con competencia para resolver de manera definitiva las acciones que tienen por objeto cuestionar la constitucionalidad de los actos y omisiones de los jueces en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

5.2. Acerca de la legitimación en la causa

Según el artículo 59 de la LOGJCC, la acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte en un proceso y se interpone personalmente (por sus propios derechos) o por medio de procurador judicial.

Esto significa que la acción extraordinaria de protección a diferencia del resto de acciones constitucionales no es en estricto sentido una acción popular, pues requiere la demostración del interés directo del demandante en el proceso donde se generó la providencia cuestionada.

5.3. Requisitos de la demanda

El artículo 61 de la LOGJCC determina cuáles son los requisitos de la demanda en la acción extraordinaria de protección.

De acuerdo con este enunciado normativo la demanda debe: a) acreditar la calidad en la que comparece el accionante; b) dejar constancia de que la providencia judicial contra la que se dirige la acción está ejecutoriada; c) demostrar haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados, o que su falta de interposición no sea culpa del titular del derecho constitucional vulnerado; d) hacer un señalamiento concreto del juez o tribunal que profirió la decisión violatoria del derecho constitucional; e) realizar una identificación precisa del derecho constitucional violado en la decisión judicial, y, f) si la violación ocurrió durante el proceso (antes de la sentencia) la indicación del momento procesal en que se alegó la violación ante la jueza o juez que conoció la causa.

Como puede observarse, con la sola lectura de la norma, nuevamente el numeral 3 del artículo 61 de la LOGJCC incorpora por la ventana el criterio de residualidad que la Constitución desterró del ordenamiento jurídico ecuatoriano. La solución en este caso es otra vez el control de constitucionalidad sea abstracto o concreto.

5.4. Procedimiento de tramitación de la acción

- ¿Ante quién se interpone?

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62 de la LOGJCC, la acción extraordinaria de protección se interpone ante el juez o tribunal que profirió la providencia definitiva objeto de impugnación constitucional.

- ¿Qué hace este juez cuando recibe el escrito de la demanda?

Según lo dispone el artículo 62 de la LOGJCC, una vez recibido el escrito de la demanda, el juez debe: a) notificar a la otra parte la interposición de la acción, y, b) remitir sin más trámite el expediente completo a la Corte Constitucional para lo cual tiene un término máximo de *cinco días hábiles*.

- Admisión, inadmisión o rechazo de la demanda

De acuerdo con el citado artículo 62 de la LOGJCC, remitido el expediente completo a la Corte Constitucional esta deberá admitir la acción en un término no mayor a diez días.

Para hacerlo la Sala de Admisión de la Corte deberá verificar:

- I. Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata de la violación con la acción u omisión de la autoridad judicial;
- II. Que el recurrente justifique la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión;
- III. Que el fundamento de la acción no se limite a la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia; y no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley;
- IV. Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez;
- V. Que la acción se presente dentro de los 20 días siguientes a la ejecutoria de la providencia jurisdiccional impugnada;
- VI. Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales.

Si la acción cumple con estos requisitos de procedibilidad y, por tanto, es admitida a trámite, la Secretaría General de la Corte Constitucional realizará un sorteo para designar a la jueza o juez ponente, quien sin más trámite deberá comenzar a elaborar el proyecto de sentencia. Si por el contrario es inadmitida se archiva el expediente y se devolverá al juez que dictó la providencia.

Dicha declaración en principio, según la norma constitucional y legal no será susceptible de ningún recurso, si bien es cierto que este principio relacionado con la seguridad jurídica ha venido siendo morigerado por la propia Corte Constitucional, que ha revisado en casos excepcionales la decisión de admisión o inadmisión a efectos de asegurar el derecho de las personas a recurrir las decisiones que afectan sus derechos.

El abuso y la falta de celeridad que ha producido esta apertura de la Corte Constitucional, obligó al pleno de esta institución nuevamente a restringir, por medio de una resolución y de la modificación del reglamento de sustanciación de los procesos de competencia de la Corte Constitucional, la vía de revisión, ampliación y revisión que se había abierto mediante la vía pretoriana, de tal suerte que otra vez el auto que decide la admisión o inadmisión de la acción extraordinaria de protección, al igual que las demás garantías jurisdiccionales no es susceptible de recurso horizontal o vertical alguno.

Resulta comprensible que por tener la acción extraordinaria de protección el carácter de extraordinaria y residual, se establezcan una serie de filtros para su admisión, varios de los presupuestos establecidos en el artículo 62 de la LOGJCC son cuestionables desde el punto de vista de su constitucionalidad, ya que en la Constitución, específicamente en el artículo 86, cuando se enumeran algunas reglas comunes de las garantías jurisdiccionales, no se excluye a la acción extraordinaria de protección, y entre estas se establece que, por ejemplo: “Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción”, lo que es totalmente incompatible en la práctica con el contenido del artículo 62 de la LOGJCC, que inclusive contempla como presupuestos de la admisión a trámite, cuestiones complejas de técnica jurídica que no se comprende cómo podrían formularse de forma oral y sin el patrocinio y asesoría de un profesional del derecho especialista en la materia, por lo que es necesario hacer una interpretación conforme a la Constitución de esa disposición. En este sentido, una lectura constitucionalmente admisible del contenido del artículo 62 de la LOGJCC implica no que la acción se presente por escrito y con unas formalidades especiales, porque al igual que el resto de las garantías jurisdiccionales está sometida a los principios procesales de los artículos 4 y 8 de la ley;

sino que el juez constitucional debe al momento de estudiar la admisión o inadmisión de la acción, verificar que exista una argumentación clara y razonada sobre la eventual vulneración de los derechos constitucionales por parte del juez en la providencia acusada.

- Sustanciación

Efectuado el sorteo correspondiente se designará un juez ponente, quien sin más trámite elaborará el proyecto de sentencia. Si el juez sustanciador lo considera necesario (es facultativo) podrá convocar a una audiencia para contar con más argumentos para tomar una decisión. Elaborado el proyecto de sentencia el juez sustanciador lo remitirá, por intermedio de la Secretaría General, al pleno de la Corte Constitucional para su debate y decisión final.

- Sentencia

De acuerdo con el artículo 63 de la LOGJCC, el pleno de la Corte determinará si en la sentencia se han violado derechos constitucionales del accionante y si declara la violación, ordenará la reparación integral. Para ello, la Corte Constitucional tendrá el término máximo de *treinta días* contados desde la recepción del expediente en el pleno.

- ¿En qué consiste la reparación integral?

De acuerdo con la Constitución y la ley, el objeto de las medidas cautelares y particularmente de la acción extraordinaria de protección es la reparación integral del daño causado por el juez a los derechos constitucionales, particularmente, al debido proceso.

La reparación integral consiste en volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho, y si esto no es posible, la reparación consiste en subsanar el daño causado, daño que puede ser material o inmaterial para lo cual hay múltiples maneras de hacerlo, entre ellas la reparación económica.

- ¿Cuáles son las características más relevantes de la reparación integral?

De acuerdo con la legislación ecuatoriana, para lograr la reparación y que esta pueda ser considerada como eficaz tiene que cumplir algunos requisitos. Debe ser: a) eficaz, b) eficiente, c) rápida, y, d) proporcional.

Que la reparación integral sea eficaz significa que debe existir una clara individualización de las obligaciones, positivas o negativas que debe cumplir el destinatario de la decisión judicial que ordena la reparación y deben estar claramente definidas las circunstancias, modo y lugar en que estas deban cumplirse.

Que sea eficiente y rápida significa que las obligaciones determinadas deben cumplirse en el menor tiempo posible; de tal manera que la reparación integral no puede ser morosa o tardía, porque al estar vinculada a la realización material o efectiva de la justicia, la justicia no puede ser tardía porque se transforma en injusticia.

Que sea proporcional significa que debe haber un equilibrio y correspondencia entre el daño causado y las prestaciones debidas que constituyen la reparación; la reparación no busca el enriquecimiento o la mejora de la situación del beneficiario, sino su resarcimiento exacto.

- ¿Qué incluye la reparación integral?

El contenido de la reparación integral no está definido normativamente, es un dato de carácter fáctico. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, de acuerdo con la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es vinculante en Ecuador, cuando se trata de resarcir el daño causado a los derechos constitucionales esta puede consistir en diversas acciones entre las que se destaca: a) la restitución plena del derecho; b) la garantía de no repetición; c) la obligación del Estado de investigar y sancionar a los responsables directos de la violación del derecho; d) la realización de actos y acciones de reconocimiento público; e) las disculpas públicas oportunas; f) la obligación del Estado de garantizar la dotación y prestación de determinados servicios públicos domiciliarios; g) la garantía de determinados derechos sociales básicos como la atención en salud, educación, vivienda, saneamiento básico, agua potable, etc.; y por último si no existe otra manera de resarcimiento efectivo del daño; h) la compensación o indemnización económica.

En cuanto a la reparación o compensación económica, la Constitución y la LOGJCC determinan que esta es la última opción posible, cuando no existe otro modo adecuado de reparación y que en caso de que la Corte Constitucional la ordene, la determinación concreta del monto, no podrá hacerse directamente en la sentencia, sino que procederá mediante un incidente dentro del proceso constitucional que se tramita por medio del procedimiento establecido para el juicio verbal sumario, si es que el obligado es un particular, y del procedimiento contencioso-administrativo si el obligado es una entidad o institución del Estado.

A la determinación del daño realizada por el juez pueden interponerse los recursos *horizontales* y *verticales*.

- Sanciones

En cuanto atañe a las sanciones por abuso del derecho y mala utilización de la garantía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 de la LOGJCC, cuando la acción extraordinaria de protección fuere interpuesta sin fundamento, la Corte Constitucional establecerá los correctivos y comunicará al Consejo de la Judicatura para que sancione a la o el abogado patrocinador, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial. La reincidencia será sancionada con suspensión del ejercicio profesional, de conformidad con lo dispuesto en el código mencionado.

6. La acción extraordinaria de protección respecto de las decisiones de la justicia indígena

6.1. La justicia indígena en la nueva Constitución

En el ámbito del derecho, el reconocimiento político-jurídico del Estado ecuatoriano, como plurinacional e intercultural, recogido el artículo 1 de la Constitución, implica una modificación sustancial tanto del sistema de fuentes del derecho, como de la visión de lo que significa administrar justicia.

En cuanto a lo primero, el fenómeno de la coexistencia de varios sistemas jurídicos, en un mismo ámbito territorial, determinan la existencia de la pluralidad jurídica. En el caso ecuatoriano, se ha aceptado la existencia de tres órdenes normativos diferentes y complementarios:

- La legislación general, aplicable a todos los ecuatorianos y en tal virtud a los miembros de los pueblos indígenas individualmente considerados que en su calidad de personas gozan de todos los derechos y están sujetos a similares obligaciones.
- La legislación especial para los pueblos indígenas y otros pueblos y comunidades ancestrales, que se ha desarrollado como un mecanismo o medida de acción afirmativa en busca de la igualdad material y no discriminación a favor de los pueblos indígenas. Contiene y desarrolla el conjunto de derechos y garantías especiales en beneficio de los pueblos indígenas y sus miembros para garantizar la identidad y la conservación de las diferencias valiosas existentes entre la cultura mayoritaria y las mal llamadas minorías étnicas.
- Finalmente los sistemas jurídicos propios, que en el caso ecuatoriano constituyen sistemas de derecho reconocidos constitucionalmente, por tanto aplicables a los territorios indígenas, los cuales están integrados por las normas, instituciones, usos y costumbres, procedimientos y métodos de control y regulación social propios de la tradición cultural de cada una de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas; implícitos en su historia cultural, mitológica y cosmovisión particulares, así como en los sistemas de parentesco, formas de uso, aprovechamiento y propiedad de la tierra y el territorio.

Esos sistemas jurídicos se caracterizan por poseer concepciones particulares del derecho, la justicia, la autoridad, el poder y representación mediadas por instituciones propias y determinadas, en la mayoría de los pueblos indígenas ecuatorianos, por instituciones culturales propias contenidas en las palabras y en la memoria de los mayores.⁶

6 Montaña Pinto, Juan. “La función judicial y la justicia indígena en la nueva constitución ecuatoriana”. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 209.

En ese sentido, la existencia de una nueva manera de entender el sistema de fuentes demuestra, no sin importantes tensiones que el derecho nacional mestizo, de tradición occidental, no monopoliza la realidad jurídica ecuatoriana actual, y en tal virtud no existe un monopolio estatal de las fuentes del derecho, ya que los distintos grupos sociales —en particular las nacionalidades y pueblos indígenas— tienen facultades normativas autónomas en las esferas que les son propias.

En cuanto a lo que significa administrar justicia en la Constitución, este es un concepto que va mucho más allá de la composición de conflictos realizada por los órganos de la función judicial. En efecto, en la historia constitucional iberoamericana el poder judicial ha recibido alternativamente, como si de sinónimos se tratara los nombres de administración de justicia y de función judicial según se ponga el acento en lo funcional o lo orgánico. Por otra parte, la denominación función judicial ha sido tradicionalmente utilizada por las constituciones y ordenamientos jurídicos progresistas, mientras que administración de justicia se ha utilizado en las constituciones más conservadoras o moderadas.⁷

En el caso de la última Constitución ecuatoriana, esta separa los conceptos. La primera noción la utiliza para designar la potestad general de impartir justicia, mientras que la segunda es usada para describir el aparato estatal de justicia.⁸ El constituyente de Montecristi decidió desechar la sinonimia a efectos de reconocer constitucionalmente la diversidad y el carácter plurinacional y pluricultural del Estado ecuatoriano, además del pluralismo jurídico que caracteriza a nuestro país sin tener que sacrificar el principio liberal de la unidad jurisdiccional.

En definitiva, según el artículo 167 constitucional la potestad de administrar justicia es una atribución que puede ser ejercida no solo por el Estado, por intermedio de sus órganos y funciones, sino también por otras personas y sujetos de derechos como los mediadores, árbitros y autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas. En el caso concreto, la función judicial representa a la justicia estatal mientras que administración de justicia describe el ejercicio de la actividad jurisdiccional atribuida a los particulares y a los pueblos indígenas.

7 Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2003, p. 897.

8 *Ibíd.*, pp. 197 y 198.

6.2. La justicia indígena y el control de constitucionalidad: la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena

- Definición y finalidad

La acción extraordinaria de protección es la garantía jurisdiccional mediante la cual se controla la constitucionalidad de las actuaciones de quienes ejercen la potestad jurisdiccional, pues dentro del nuevo modelo constitucional garantista ecuatoriano todas las funciones del Estado están sometidas a la Constitución de la República, por tanto, tienen el deber de respetar los derechos reconocidos en ella y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y de manera especial el respeto del derecho al debido proceso, así como sus garantías básicas, por ser en el desarrollo constitucional de dicho derecho.

Debe recordarse, entonces, que el control constitucional de las actuaciones judiciales, no tiene como propósito decidir o revisar las decisiones respecto de asuntos litigiosos sometidos a conocimiento de la jurisdicción ordinaria o de la jurisdicción indígena, sino que dicho control está destinado a verificar que quienes administren justicia, sean jueces o no actúen en el marco de la norma constitucional, lo que no contraviene al principio de independencia externa de la función judicial, respecto de los otros poderes y funciones del Estado y de autonomía que rige para los pueblos indígenas, respecto de otros pueblos y sociedades que coexisten en el Estado.

En el caso de la acción extraordinaria de protección respecto de las decisiones de las autoridades indígenas, esta no consta expresamente en la Constitución, pero ha sido prevista en la LOGJCC (art. 65), entendida como un desarrollo lógico del artículo 171 de la Constitución. Establece que las decisiones de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas estarán sujetas a control de constitucionalidad. También está considerada en la supremacía constitucional que obliga a toda autoridad e incluso a los particulares a enmarcar sus actuaciones a lo dispuesto en el texto constitucional.

Al igual que ocurre con la acción extraordinaria de protección general, la referente a las decisiones de la justicia indígena tampoco tiene por objeto que el juez constitucional resuelva sobre los asuntos de competencia de

las autoridades indígenas, sino que mediante ella se busca controlar la constitucionalidad de las actuaciones de dichas autoridades. Esto implica que el control de la no violación de los derechos humanos⁹ en los procedimientos propios de la jurisdicción indígena, pues la misma norma constitucional al señalar que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, “ejercerán funciones jurisdiccionales, con base a tradiciones ancestrales y su derecho propio” y que “[E]l Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas”, por un lado reconoce la autonomía de las actuaciones de las autoridades de justicia de las nacionalidades y pueblos indígenas; la autonomía de procedimientos, respecto del sistema estatal ordinario, así como la obligación de Estado y todos sus agentes de respetar y hacer respetar el ejercicio de dicha potestad jurisdiccional, especialmente de quienes de manera directa o indirecta cumplen con funciones de justicia.

6.3. Ámbito de aplicación de la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena

El artículo 65 de la LOGJCC determina el ámbito de la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena y señala:

Las personas que estuvieran inconformes con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente reconocidos y garantizados o por discriminación a la mujer por el hecho de ser mujer, podrán acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación a la decisión de esta decisión...

De dicha norma se evidencia con claridad que los aspectos respecto de los cuales es susceptible el control constitucional, mediante acción extraordinaria de protección son:

9 Entendidos en una lectura intercultural de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Constitución, por tanto, vistos desde una lectura más amplia de los derechos humanos de la que hace el liberalismo tradicional.

- El respeto de los derechos humanos en general, y
- La discriminación a la mujer en los procedimientos de justicia indígena.

Sin embargo, la misma norma señala que para efectos del control constitucional de las decisiones de las autoridades indígenas, se observarán principios constitucionales aplicables en materia de los pueblos indígenas, así como los constantes en instrumentos internacionales de derechos humanos, en instrumentos internacionales referentes a los derechos humanos de los pueblos indígenas, los establecidos en la LOGJCC y en el Código Orgánico de la Función Judicial, que incluye el principio de interculturalidad. Según el cual en el trámite de la acción se garantizará tanto la lectura como la interpretación intercultural de las normas aplicables a fin de evitar el etnocentrismo, y se establece la obligación de la Corte de recabar toda la información necesaria para alcanzar un entendimiento adecuado de la actuación de las autoridades indígenas.¹⁰

En el caso de la acción extraordinaria de protección, la obligación de aplicar principios específicos para la realización del control de constitucionalidad respecto de las decisiones de la autoridad indígena, es lo que le da un carácter diferenciador frente al control que se ejerce de las actuaciones de los jueces de la jurisdicción ordinaria, pues, mediante dichos principios se efectiviza la valoración jurídica de las diferencias, sean estas de género, generacionales, o en el caso de los pueblos indígenas las diferencias de carácter cultural, que incluso han derivado en el reconocimiento del Estado como intercultural y plurinacional.

10 Ver artículo 66, numeral 1 de la LOGJCC.

6.4. Principios aplicables en el ejercicio del control constitucional de las decisiones de la justicia indígena

Principio	Norma	Contenido – significado
Interculturalidad	Art. 344 COFJ – Art. 66, numeral 1 LOGJCC	Las autoridades estatales están en la obligación de comprender los hechos sometidos a resolución desde la perspectiva cultural de la persona, pueblo o nacionalidad, involucradas en cada caso concreto, así como de los derechos constitucionales.
Pluralismo jurídico	Art. 66, numeral 2, LOGJCC	El Estado a través de sus agentes debe reconocer, proteger y garantizar la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas.
Autonomía	Art. 66, numeral 3, LOGJCC	Las autoridades nacionalidades y pueblos indígenas gozarán del máximo de autonomía y el mínimo de restricción en el ejercicio de sus potestades jurisdiccionales, las mismas que tendrán los límites establecidos en la Constitución, los Instrumentos Internacionales sobre derechos de los Pueblos Indígenas y la LOGJCC.
Debido proceso	Art. 66, numeral 4, LOGJCC	Entendido como la observancia de las normas, usos, costumbres y procedimientos propios de cada nacionalidad o pueblo indígena.
Oralidad	Art. 66, numeral 5, LOGJCC	Se respetará la oralidad dentro de los procedimientos en los que se involucre a las nacionalidades y pueblos o personas indígenas; se contará con traductores de ser necesario.
Diversidad	Art. 344, COFJ	Establece la obligación de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.
Igualdad	Art. 344, COFJ	Determina la obligación de la autoridad estatal de buscar los mecanismos para comprender las normas, los procedimientos y las consecuencias jurídicas de lo que se resuelva en los casos que involucren a personas o nacionalidades y pueblos indígenas.
<i>Non bis in idem</i>	Art. 344, COFJ	En base al principio general aplicado en materia penal, se establece la prohibición de que las autoridades estatales, sean judiciales o administrativas, puedan volver a resolver asuntos conocidos y resueltos por las autoridades indígenas. Siendo únicamente dichos asuntos susceptibles de control constitucional.
Projurisdicción indígena	Art. 344, COFJ	Que corresponde la aplicación más favorable a la autonomía y no intervención en la jurisdicción indígena por parte de la jurisdicción ordinaria en caso de contradicción entre las mismas.

6.5. Requisitos y trámite

Los artículos 65 y 66 de la LOGJCC establecen un tratamiento diferenciado para la acción extraordinaria de protección respecto de las decisiones de la jurisdicción indígena, cuyas especificidades se evidencian en los aspectos siguientes:

- Presentación de la acción

	Acción extraordinaria de protección respecto de la jurisdicción INDÍGENA	Acción extraordinaria de protección respecto de la jurisdicción ORDINARIA
¿Quién o quiénes presentan la acción? <i>Legitimado activo.</i>	Cualquier persona o grupo de personas.	Puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte en el proceso cuyo auto o resolución se impugna.
¿Ante quién se presenta la acción?	Ante la Corte Constitucional.	Ante la Corte Constitucional.
¿En qué término debe presentarse la acción?	Veinte días contados desde el momento en que el accionante conoció la decisión que impugna.	Veinte días contados a partir de la ejecutoria de la decisión judicial que se impugna; en caso de no haber sido parte del proceso, contados desde el momento en que conoció de esa misma decisión.

- Otros requisitos

	Acción extraordinaria de protección respecto de la jurisdicción INDÍGENA	Acción extraordinaria de protección respecto de la jurisdicción ORDINARIA
Requisitos de procedibilidad	El control constitucional será posible en caso de vulneración de derechos constitucionales o discriminación de la mujer en la participación o toma de decisiones de la jurisdicción indígena (<i>constan previstos en la LOGJCC</i>).	Agotamiento de todos los recursos ordinarios y extraordinarios en la jurisdicción ordinaria. Que se trate de resoluciones o autos firmes o ejecutoriados. La demostración de que en el juzgamiento se ha vulnerado por acción u omisión el debido proceso u otros derechos constitucionales (<i>Constan previstos en la norma constitucional arts. 94 y 437</i>).
Requisitos formales	Manifestación clara por parte del accionante respecto de las razones por qué acude a la Corte, así como de las presuntas violaciones a los derechos humanos.	La calidad del accionante. Constancia de que la sentencia o auto impugnado se encuentra ejecutoriado. Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios. Singularización de la judicatura que dictó la decisión que se impugna. Identificación precisa del derecho o derechos que se consideren vulnerados. Indicación de si la violación fue alegada ante el juez ordinario que conoció la causa durante el proceso.

Como puede evidenciarse en el caso de la acción extraordinaria de protección respecto de las decisiones de la jurisdicción indígena, los requisitos varían con respecto a los de la jurisdicción ordinaria, en su número y rigurosidad.

6.6. Trámite ante la Corte Constitucional

- La presentación de la acción

Podrá ser presentada de forma escrita pero también en forma oral, que a su vez será reducida a escrito por el personal de la Corte, esto con la finalidad de no limitar el acceso a la justicia constitucional por parte de personas de las distintas nacionalidades y pueblos indígenas, que cuentan con idioma propio.

- Admisión de la demanda

Al igual que otras acciones constitucionales, la acción extraordinaria de protección respecto de las decisiones de la justicia indígena pasará para su análisis preliminar por la Sala de Admisión; en ella se decidirá si la acción cumple con los requisitos mínimos para ser admitida a trámite. La decisión de admitir o no a trámite la demanda deberá ser justificada y constará en un acta que será notificada con posterioridad a las partes, esto es al legitimado activo y a las autoridades indígenas que haya intervenido en el caso materia de la acción.

- Sustanciación de la causa

De ser aceptada a trámite la causa, mediante el sorteo respectivo se designará a la jueza o juez ponente, que estará a cargo del estudio de la causa y de la elaboración del proyecto de resolución.

Audiencia. El juez o jueza ponente deberá señalar día y hora para que tanto las autoridades indígenas accionadas como los legitimados activos comparezcan a la Corte para ser escuchados en audiencia. De considerar el juez ponente también serán oídas las partes que intervinieron en el

proceso en el que se dictó la resolución materia de la acción extraordinaria de protección.

Estudio de la causa. En el proceso de análisis de la causa, podrá solicitar apoyo especializado, de personas expertas en temas relacionados con pueblos indígenas y justicia indígena, o de organizaciones que conozcan sobre dichos temas, que brindarán opinión técnica sobre el asunto a resolverse.

Aunque la ley establece la opinión de expertos como una posibilidad, en virtud del principio de diversidad e interculturalidad, dicho apoyo técnico deberá considerarse como una práctica regular en función de la gran diversidad y las particularidades que existen entre las distintas nacionalidades, pueblos y comunidades.

- Resolución por el pleno de la Corte

El proyecto de sentencia elaborado por el juez ponente, será puesto en conocimiento del pleno de la Corte Constitucional a fin de que adopte la decisión definitiva en cada caso, que será debidamente motivada. La decisión adoptada por el pleno de la Corte, no es susceptible de recurso alguno.

La decisión adoptada se notificará de forma oral a la comunidad involucrada, en presencia del legitimado activo y de las autoridades accionadas; además será reducida a escrito tanto en castellano como en el idioma propio de las partes intervinientes en la acción.

7. Bibliografía

Ávila Linzán, Luis. “Los caminos de la justicia intercultural”. *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*. Eds. Carlos Gallegos Anda y Danilo Caicedo Tapia. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Chávez, Gina. “Destapando la Caja de Pandora”. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

- Hoekema, Andre. *Imágenes de autonomía*. Amsterdam, Universidad de Amsterdam, 1995.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Editorial Lozada, 1941.
- Montaña Pinto, Juan. “La autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia”. *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*. Eds. Carlos Gallegos Anda y Danilo Caicedo Tapia. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- _____. “La Función Judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución Ecuatoriana”. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Peréz Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2003.
- Ross, Alf. *Teoría de las fuentes del Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.
- Santos, Boaventura de Sousa. *Derecho y emancipación*. Quito, CEDEC/Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- _____. *Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos*. Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- Zambrano, Diego. “Justicias ancestrales analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes”. *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*. Eds. Carlos Gallegos Anda y Danilo Caicedo Tapia. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

El hábeas corpus en un Estado constitucional de derechos y justicia

Luis Ávila Linzán*

1. Introducción

El hábeas corpus en la Constitución de 2008 se ha consagrado a partir de un cambio paradigmático respecto de la naturaleza del Estado y a lo estatal: “el Estado constitucional de derechos y justicia”. En esta frase, cada adjetivo tiene un significado propio e interrelacionado en la construcción democrática de la organización del poder, que se aleja de la simple declaración retórica, y se acerca a su contenido material o sustancial:

El problema de fondo no está en una nueva Constitución, sino en su legitimidad. ...*el Ecuador, autoritario, cruelmente desigual, con instituciones precarias y élites políticas y económicas depredadoras seguirá allí incólume si la Constitución no pasa del papel a la vida...*¹

Es *constitucional* en tanto releva los principios de supremacía y el de normatividad constitucional, según los cuales: por una parte, la Constitución es la norma suprema y generadora de todas las relaciones jurídicas; y, por otra, la normativa constitucional es directa y plenamente aplicable y justiciable ante los tribunales. Este segundo aspecto, según *García De Enterría*, es uno de los rasgos fundamentales de nuevo constitucionalismo que cierra el círculo de materialización de la Constitución,² con

* Coordinador de la Relatoría de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

1 Grijalva, Agustín. “¿Una constituyente más?” *Revista Renovación* (Quito), 4 (nov-dic 2006): 48.

2 García De Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1994.

lo que se asegura el tránsito de una Constitución de papel hacia una viva, siguiendo las aspiraciones que tenía *La Salle* durante las primeras décadas del Siglo XX,³ y la transformación de acuerdo político a norma jurídica.⁴

Por otra parte, lo “constitucional” hace referencia a la centralidad de las garantías (normativas, jurisdiccionales y de políticas públicas) y las acciones de control constitucional en la organización del poder, con el fin de materializar los derechos de las personas y colectividades, y de la existencia de normas que condicionan la actuación estatal.⁵ *Carbonell* lo identifica como uno de los rasgos fundamentales del Estado constitucional: constituciones con contenidos materiales.⁶ Esto es de particular importancia para entender la ampliación del hábeas corpus en la Constitución y legislación vigente, que maximiza su espectro de protección y garantía.

El Estado *de derechos* redefine el paradigma tradicional liberal, es decir, lo que se ha conocido como Estado de derecho, que es aquel que busca reemplazar el “gobierno de las leyes” por el de “los hombres”. Este modelo aparece en la Revolución francesa como un remedio al absolutismo y a la arbitrariedad del monarca. Se creía, entonces, que reduciendo el papel de la cultura, la realidad y la experiencia en la administración del poder, se estaba propiciando un sinnúmero de valores nacionales mínimos y la no intervención de factores contingentes, como la lucha política y los intereses particulares, en la regulación de las relaciones jurídicas.

Además, se coloca en el centro a las personas y las colectividades como sujetos prioritarios de la actividad estatal, como un fin y no un instrumento,⁷ al tiempo que se considera que todos los derechos tienen igual valor y necesitan ser garantizados en igual medida e intensidad, de acuerdo con lo consensuado en la Declaración de los Derechos Humanos de Viena de 1993 y que fueron incorporados expresamente en el artículo 11, numerales 6 y 7 de la Constitución vigente.

3 Aja, Eliseo. “Estudio Preliminar” *¿Qué es una Constitución?* Ferdinand Lasalle. Madrid, Editorial Ariel S.A., p. 11.

4 Vigo, Rodolfo. *Interpretación constitucional*. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2001, pp. 62-75.

5 Ávila Santamaría, Ramiro. “Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia”. *La Constitución del 2008: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 22.

6 Carbonell, Miguel. *El Neoconstitucionalismo en América Latina. Elementos para una definición*. México, Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México (IJJ-UNAM), 2008, p. 2.

7 Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, p. 2; véase también, Bobbio, Norberto. *El Tercero Ausente*. Madrid, Ediciones Cátedra, 167.

5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales...⁸

Esto significa, por otra parte, la sustitución de una sociedad regida por el deber, por una condicionada por la dignidad humana; de una gobernada desde arriba hacia una construida desde abajo; en definitiva, de una marcada por intereses particulares o del grupo dominante sobre el interés general, a una donde se construye la democracia desde el ejercicio efectivo de los derechos en la realidad social.⁹

Luego, la invocación de derechos hace referencia al reconocimiento formal —porque materialmente siempre han existido— de otros sistemas de justicia y derechos, como es el caso del derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas y sus sistemas de justicia,¹⁰ en un plano de igualdad jurídico-política con el sistema de justicia ordinario, puestos al diálogo intercultural, y como una consecuencia del Estado plurinacional¹¹ que está reconocida en la garantía del acceso a la justicia de las personas y colectividades indígenas.¹²

Esta forma particular de los derechos en la Constitución tiene especial relevancia respecto del hábeas corpus en dos sentidos. Primero permite la protección integral de la libertad en varios ámbitos, frente a la posible

8 Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993, acápite 5.

9 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2004; Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005; Bobbio, Norberto. *El tercero ausente*. Madrid, Ediciones Cátedra.

10 Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículos 1, 56, 57, numerales 9 y 10, y artículo 171.

11 García Serrano, Fernando. “Jurisdicción indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad”. *La transformación de la justicia*. Eds. Santiago Andrade Ubidia y Luis Ávila Linzán. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 484; Ávila Linzán, Luis. “Los caminos de la justicia intercultural”. *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*. Eds. Carlos Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

12 Ávila Linzán, Luis. “Acceso a la justicia y emancipación social”. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 205.

transgresión del Estado y de los particulares, la amenaza y la ejecución de privación ilegal de la libertad de afectación individual y colectiva, la movilidad humana y la desaparición forzada. Y segundo, reconoce otras formas de ejercicio de esta acción: individual y colectiva.

Finalmente, el Estado *de justicia* tiene tres lecturas posibles. Una lectura dogmática que busca en la actividad estatal elementos axiológicos que le den la entidad de “justas”, al estilo de la teoría de la justicia de Rawls.¹³ Esto significa que la actuación estatal no necesariamente se deberá vincular con criterios utilitaristas, sino que buscará la solución que más se ajuste a la racionalidad en los casos concretos. La segunda hace referencia a la incorporación del derecho por principios en el razonamiento judicial como consecuencia de la búsqueda de la realización de la justicia.¹⁴ Y, la última lectura hace referencia al cambio en el eje de legitimidad de la democracia ecuatoriana, que va desde lo parlamentario como tradición liberal, a lo judicial como una reformulación del rol de los operadores jurídicos como creadores de derecho y no simples aplicadores de las normas jurídicas al caso concreto.

Estas lecturas explican el porqué se judicializó el hábeas corpus que hasta hace poco tenía una naturaleza mixta, puesto que era conocido en primera instancia por las/os alcaldes/zas. También tiene que ver con la forma del procedimiento que se fundamenta en principios generales de interpretación y procedimiento, y específicos del hábeas corpus. En definitiva, guarda relación con las facultades cautelares, de control del proceso y de reparación integral a cargo de los jueces y juezas. Estas herramientas normativas deberán hacer de ellos/ellas creadores de derecho y activistas por el uso estratégico del derecho con el fin de promover el ejercicio integral de los derechos, y no como se dice aún hoy día, citando a Montesquieu: “los jueces son la boca que dice la ley”.¹⁵

En resumen, en la medida que se materialice el Estado constitucional de derechos y de justicia respecto del hábeas corpus, podremos decir que este se ha constitucionalizado.

13 Gargarella, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls: un breve manual de filosofía política*. Barcelona, Editorial Paidós, 1999.

14 Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, p. 26.

15 Ávila Linzán, Luis. “La constitucionalización de la administración de la justicia en la Constitución de 2008”. *La Constitución del 2008: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 230-231.

2. De la libertad ambulatoria a la libertad integral

El hábeas corpus se origina en varios lugares y épocas. Sin embargo, el antecedente más remoto, tal vez, lo encontramos en la antigua Roma en el *homine libero exhibendo* contenido del título XXIX del libro XLIII de *El Digesto*.¹⁶ Esta acción permitía al Pretor —algo parecido a los/las jueces/zas de hoy— decidir mediante un interdicto (especie de medida cautelar) que buscaba proteger a los ciudadanos libres de un plagio, real o posible. Se encontraba, por tanto, en el ámbito del derecho privado y solo se aplicaba a quienes eran ciudadanos, para la época solo los hombres adultos, propietarios y libres (ciudadanía restringida). Esto dejaba fuera de esta protección entre particulares a las mujeres, quienes no tenían bienes, los menores y los esclavos. No obstante, de este procedimiento, posiblemente, se tomó el procedimiento de exhibición del cuerpo que es de la esencia del hábeas corpus moderno.¹⁷

Un antecedente más próximo lo encontramos en el *Hábeas Corpus Amendment Act* de Inglaterra (1679), el cual perfeccionó la *Petition of Rights* (Petición de Derechos de 1628). Esta norma recogía el pensamiento liberal de Coke y el espíritu de la Carta Magna (1215) que otorgaba derechos a los terratenientes frente a la monarquía e incorporaba algunos procedimientos importantes.¹⁸ La libertad que se protegía era la ambulatoria o locomotiva, y los procedimientos eran “el juicio de los pares”, y “la ley de la tierra” que hoy en día son los principios de igualdad ante la ley y legalidad, y los de competencia y jurisdicción, sobre los cuales se construye el denominado *debido proceso legal*. Finalmente, el hábeas corpus se codificó y amplió más allá de la libertad personal en *The Bill of Rights* de la Revolución inglesa (1689) y la reforma de 1816.¹⁹

Estos logros inspiraron a los revolucionarios franceses de 1789, sin embargo, se redujo a la maximización de las libertades de la clase rectora de dicho proceso de transformación política, la burguesía. De esta manera, se buscó, como primera tarea revolucionaria, limitar el poder de la monarquía y del poder del Estado. Esto significó el nacimiento del llamado

16 Tavolari, Raúl. *El hábeas corpus*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 27.

17 *Ibid.*, p. 28.

18 *Ibid.*, p. 37.

19 Couture, Eduardo. “Las garantías constitucionales en el proceso civil”. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Uruguay, Editorial De Palma, 1979, p. 48.

Estado gendarme o policía, sobre el entendido del famoso postulado de la Revolución francesa: *laisé faire, laissé passé* [“dejar hacer, dejar pasar”]. Se tuvo así un Estado mínimo, no interventor y ajeno a la realidad social. La democracia fue una autolimitación del Estado al puro estilo propuesto por Hobbes, Maquiavelo y luego desarrollado por Jellinek.²⁰

Estos antecedentes, bajo el esquema del Estado liberal, significaron la evolución de la protección de los derechos en dos sentidos. Por una parte, se abrió la ciudadanía que desde la antigüedad estaba restringida a un reducido número de personas, convirtiéndose su ampliación en una plataforma permanente de lucha para el reconocimiento histórico de los derechos; y, por la otra, el hábeas corpus fue trasladado del ámbito de lo privado al de lo público, puesto que ya no era más una acción para la protección entre los particulares [“de los pares”], sino que se convirtió en un instrumento para la protección de las personas frente a la posible arbitrariedad del Estado. No obstante, el hábeas corpus se mantuvo como una institución particular para la libertad ambulatoria, es decir, aquella que permite el libre tránsito [en términos de nuestra Constitución, “libre movilidad”]. Esto supuso que el hábeas corpus solo se aplicaba a personas que no estaban recluidas, sino libre completamente, y respecto del Estado. No se extendió a otras formas de privación de libertad.

Este particularismo del hábeas corpus en el sistema de derecho románico-continental, se radicalizó luego de la Segunda Guerra Mundial ante la tendencia a la codificación y la diferenciación de lo sustantivo y adjetivo del derecho de la mano de los grandes procesalistas: Canelutti, Chiovenda, Couture, Guasp y Calamandrei; también al fenómeno de la especialización y profesionalización, en palabras de Sousa Santos: “burocratización del derecho y la administración de justicia”, que afectó a los países periféricos y semiperiféricos.²¹ A partir de esto, se entiende que para cada materia existe una jurisdicción, una acción y una autoridad con competencias establecidas exclusiva y taxativamente en la ley, y varias vías para el tratamiento de los conflictos y la protección de los derechos: la

20 Toraine, Alain. *¿Qué es la democracia?* Madrid, Editorial Ediciones de Hoy S.A., 1994.

21 Santos, Boaventura de Sousa, “Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas”. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, t. I. Comps. Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, pp. 85-117; véase también. *Derecho y democracia: la reforma global de la justicia*. Comps. Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, *op. cit.*, pp. 151-205.

judicial, la extrajudicial (esta vía, en la medida que la ley lo permitiera y con apego al proceso) y la administrativa.

Entretanto, en el sistema de derecho anglosajón el hábeas corpus se adaptó a una estructura más consuetudinaria y a un sistema de fuentes que daba preeminencia a la labor judicial por medio de los precedentes, reglas judiciales de aplicación general. Así, se implementó en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1780, la cual incluía, además, los principios y derechos de la Declaración de Virginia de 1776. Su desarrollo fue casi enteramente judicial. En este sistema, el hábeas corpus se ha extendido a todos los procesos judiciales de manera parecida lo que ocurre en el amparo constitucional mexicano, excepto respecto de los errores del procedimiento que se alejen de la regularidad de la detención. Los grandes hitos del desarrollo del hábeas corpus en los Estados Unidos de América se encuentran en los casos siguientes: a) *Bollman case*, que somete a la legalidad escrita la aplicación del hábeas corpus; b) *Frank v. Magnum case*, que extiende el hábeas corpus a todas las materias; c) *Sanders v. United States* (373 US 1 1963), *Fay v. Noia* (372 US 391 1963); y *Townsend v. Sain* (373 US 1 1963) [“trilogía de 1963” de la Corte *Warren*] que ratifican los precedentes constitucionales anteriores.²²

Con estos antecedentes, en Latinoamérica fueron adaptadas estas tradiciones de la mano de los modelos de justicia y organización política del Estado, tanto liberal-europeo como liberal-estadounidense tuvo una forma particular en la determinación del sistema de garantías, principalmente respecto del hábeas corpus. De esta manera, en México se tomó la tradición liberal-estadounidense y se la reformuló en un sistema propio. Se tuvo así la acción de amparo que se concibió como un mecanismo jurisdiccional para la protección de todos los derechos establecidos en la Constitución, entre ellos el de la libertad. Con esto casi se logró subsumir, salvo por diferencias de orden procedimental, la vieja institución del hábeas corpus en el amparo mexicano que tiene su origen en los proyectos constitucionales de 1840 y 1847, que se materializaron ampliamente en los 29 primeros artículos de la Constitución de 1917: amparo-libertad (hábeas corpus) y amparo (para los demás derechos).²³

22 Raúl Tavolari, *op. cit.*, 41.

23 Luna, José. *El Derecho de Amparo*, s/l, p. 19; Camargo, Pedro. *Manual de Derechos Humanos*. Bogotá, Editorial Leyer, 1995, p. 182; Bidart Campos, Germán. *Derecho de Amparo*. Buenos Aires, Ediar S.A., 1961, pp. 16-19.

En el caso del Ecuador, al igual que aquellos países latinoamericanos de tradición europea-continental, el hábeas corpus liberal-europeo fue el modelo que se implementó, en un primer momento como mecanismo cautelar y en un segundo momento (el actual) como mecanismo de protección de derechos, con lo cual se transforma de un proceso cautelar de derechos en uno de conocimiento y protección de derechos. No se debe desconocer en nuestro caso la influencia del derecho castellano —particularmente el aragonés del siglo XIV— y del derecho foral español, de los cuales, por ejemplo, proviene la determinación de la jurisdicción y competencia de primera instancia en los/las alcaldes/alcaldesas.²⁴

Tres hitos son importantes mencionar para poder entender el hábeas corpus en el Ecuador: 1) el primero que ocurre con la incorporación explícita en la Constitución de 1929 de un procedimiento concreto para el hábeas corpus, a pesar de que desde la Constitución de 1830 ya se prohibía la privación de libertad arbitraria. Es importante establecer que en la Constitución de 1929 el hábeas corpus se convierte en una garantía social y no solo para la garantía de la libertad (liberal).²⁵ Luego, se promulga la ley del 30 de noviembre de 1933 (registro oficial n.º 40 del 30 diciembre 1933) que establece el procedimiento para las garantías jurisdiccionales, entre ellas, el hábeas corpus. Sin embargo, en 1935 se puso en vigencia la Constitución liberal de 1906 en lugar de la de 1929, por lo cual no se aplicó el hábeas corpus hasta que en el *Código de Procedimiento Penal* se incluyó el hábeas corpus judicial (amparo de libertad). 2) El segundo hito corresponde a la Constitución de 1945 que restableció hábeas corpus constitucional, el cual, con sus variaciones, se mantuvo hasta la Constitución de 1998. 3) Finalmente, el tercer hito lo constituye la regulación de hábeas corpus en la Constitución de 2008, donde se varía radicalmente esta institución, tal como lo presentaré en los párrafos subsiguientes.

24 Tavolari, Raúl, *op. cit.*, pp. 25-30; Torres, Luis Fernando. *El control constitucional del Ecuador*. Quito, Ediciones de la Pontificia Universidad del Ecuador (Edipuce), s/f., pp. 17-20. También véanse las instituciones del privilegio aragonés, la jurisfirma, la aprehensión y el inventario. Es particularmente interesante “el privilegio aragonés” establecido por Pedro III de Aragón (1393), el cual funcionaba, bajo la regencia del Justicia Mayor (especie de juez constitucional) negativamente para evitar el abuso de la autoridad (una especie de refugio, más emparentado con el amparo religioso en los templos durante el Renacimiento en Europa)

25 Ponce Martínez, Alejandro. *Estudio preparatorio para la exposición del curso “Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia”*. Tribunal Constitucional, febrero 1993, p. 6.

Antes de pasar a la parte siguiente, es indispensable establecer que si bien el hábeas corpus, como se ha visto, ha sido una institución de carácter liberal (en la tradición del derecho románico-continental o del derecho anglosajón), hoy puede ser vista como una institución social. Los antecedentes de esta afirmación se los encuentra en la Constitución de 1929, como un reflejo de lo que se denominó el “Estado social”, que buscaba conducir a la sociedad ecuatoriana a un Estado de bienestar desde el ideal del desarrollo.

Considerar la función social del hábeas corpus significaría que ya no solo sería un mecanismo para limitar la arbitrariedad del Estado y defender al individuo, sino que, incluso, debería ser una defensa del poder en su conjunto —si entendemos, además, al poder como una relación de autoridad y subordinación que se transversaliza en toda las relaciones sociales: Estado/sociedad/individuos; sociedad/individuos/sociedad—, que se materialice en actuaciones positivas y concretas del poder público para la garantía de la libertad individual y colectiva. Esta función social se reafirmó, incluso, en 1935 cuando se sustituyó la Constitución de 1929 por la de 1906 (la de la *Revolución alfarista*).

Sin embargo, las posteriores constituciones, a partir de la de 1945, conservaron el hábeas corpus y las demás garantías como las herramientas liberales, pues aquellas tenían como función la abstención del Estado para restringir la libertad de los individuos, al tiempo que limitaba el poder del Estado (obligación negativa: abstención de violentar la libertad y la integridad personal). Solo en la Constitución de 2008 existe un retorno al constitucionalismo social que presenta, entre otras instituciones, al hábeas corpus (liberal) como un instrumento integral, de protección y de transformación dentro del Estado garantista (social). Se retoma, de esta manera, el constitucionalismo de resistencia social de la Constitución de 1929 en la forma de Estado constitucional de derechos y justicia, y, concretamente, el hábeas corpus recupera su función social.

Esta función social, en la Constitución de 2008 se concreta en dos ámbitos. El primero, se refiere a la acción popular en materia de garantías jurisdiccionales y la ampliación de la legitimación procesal pasiva a las personas particulares que contempla nuestra Constitución vigente;²⁶ y, el segundo, en la materialidad (obligación positiva: políticas y prestaciones

26 Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículo 86, numeral 1.

concretas) de algunos mecanismos de garantía en la Constitución y la ley, que en el caso del hábeas corpus se traduce en la posibilidad de proteger a las personas frente a la desaparición forzada, la prevención de la tortura y tratos inhumanos y degradantes, la no devolución por razones humanitarias, y la integridad de las personas privadas de la libertad.²⁷ La materialidad de los derechos deriva del Estado constitucional de derechos y justicia, al tiempo, que supone una necesidad ineludible dentro de la elaboración y ejecución de las políticas de justicia para generar un acceso sustancial a la misma.²⁸

La integralidad del hábeas corpus, sin embargo, no es un punto de llegada, sino un camino de permanente renovación por dos vías importantes. Por vía de desarrollo jurisprudencial, particularmente de la Corte Constitucional, y por vía de la realización de los otros mecanismos de garantía jurisdiccional, legislativa y de las políticas públicas.²⁹

3. La justicia integral y transformadora y los derechos humanos

El Estado constitucional de derechos y justicia, tal como expresé, es aquel que busca la materialización de los derechos constitucionales mediante la realización de las garantías normativas, jurisdiccionales y de las políticas públicas; lo cual es posible por medio de dos evidencias irrenunciables: 1) el principio de integralidad, según el cual todos los derechos son iguales, complementarios, indivisibles, inalienables, interdependientes y de igual jerarquía;³⁰ 2) los/as jueces/zas son privilegiados sujetos de garantía, a través de su actividad creativa y no solo de mera aplicación como lo establecía el modelo de justicia liberal decimonónica. Esto es particularmente importante, aún más si consideramos que en la nueva Constitución, la justicia constitucional, encabezada por la Corte Constitucional, adquiere la cualidad de ser el espacio de interpretación máxima de la Constitución.³¹

27 Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículo 89; Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 43.

28 Código Orgánico de la Función Judicial, artículos 3 y 22.

29 Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículos 429 y 436, numeral 1; también artículos 84-87; Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 2, numeral 3, artículos 25, 28, 197-199.

30 Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículo 11, numeral 6.

31 *Ibid.*, artículos. 429 y 436, numeral 1.

Este nuevo esquema es coherente con la naturaleza del Estado constitucional, el cual no solo limita la actuación estatal (limitar o prevenir su posible arbitrariedad frente a los individuos —obligación negativa—), sino que, además, tomando elementos del Estado social, está obligado a intervenir para romper los obstáculos que impiden la protección material de la libertad y la integridad personal, mediante políticas de justicia (obligación positiva), todo lo cual se traduce en que la administración de justicia pasa a ser el espacio de legitimación de las democracias, en desmedro del derecho legislativo y del Parlamento, ya que este proceso busca legitimar los intereses colectivizados de la sociedad más allá del sistema de representación.

Por su parte, el carácter de intervención garantista del Estado Constitucional no puede sino estar íntimamente relacionado y comprometido con la realidad social y, por tanto, con la transformación social. Esta debe ser la finalidad política de la reforma judicial y de los afanes por crear institucionalidad y garantizar los derechos.³²

Transformar la justicia supone, además, dar una respuesta a lo que los alemanes, principalmente Erlich, a finales del siglo XIX denominaron peyorativamente “jurisprudencia conceptualista”, que en nuestra versión podemos llamar positivismo normativo. Esta respuesta significa, en concreto, una medida razonable y ponderada, con el fin de realizar la justicia material.³³ Finalmente, transformar la justicia es abrir el derecho construido sobre la garantía abstencionista respecto de las libertades, a un estatuto maximizado y progresivo de garantía sobre la base, también, de otros derechos (los derechos sociales, los colectivos, los de la naturaleza en tanto sujeto de derechos, etc.).

El resultado de este proceso histórico de cambio se evidencia en dos niveles. Por una parte, se generaría una ciudadanía activa por medio de la apertura de las garantías a las ciudadanas y ciudadanos (democratización desde abajo), y se propiciaría un diálogo continuo entre los sistemas de protección de derechos, universales y regionales, y los sistemas de protección nacionales (garantías jurisdiccionales, normativas y de las políticas públicas), donde, como lo expresa Dulitsky, los sistemas internacionales

32 Andrade, Santiago y Ávila, Luis. Introducción. *La transformación de la justicia*. Por Santiago Andrade y Luis Ávila, eds. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. xii-xvi.

33 Fernández, Alberto. *Función creadora del juez*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

establecen estándares y reciben aplicaciones concretas, y, donde los sistemas nacionales reciben estándares y construyen nuevas realidades de práctica concreta de los derechos constitucionales.³⁴

En este contexto, las garantías se convierten en los instrumentos para la materialización de los derechos por medio de las acciones jurisdiccionales al alcance de los/las ciudadanos/as. Y el hábeas corpus ya no puede ser un mecanismo para proteger la libertad ambulatoria, sino un instrumento integral de protección de los derechos constitucionales, de implementación de una cultura de derechos humanos, y de comunicabilidad entre los sistemas internacionales y locales de protección de derechos, alrededor de los derechos a la libertad y la integridad personal, tal como lo establecen los artículo 66, numeral 3 literales a y c, artículo 29, literal d, y artículo 89 de la Constitución. Se hace indispensable la intervención del Estado para poder materializar los derechos, pues dicha intervención no solo es una potestad y, por tanto, ciertamente discrecional—, sino que es una obligación jurídico-política, positiva y negativa, de actuación concreta de los Estados. Su justificación aparece en la base misma del Estado social y se refuerza en el Estado constitucional.³⁵

Finalmente, esta intervención encuentra justificación para la regulación de las relaciones entre particulares. En el paradigma liberal no es posible que el derecho funcione para limitar las relaciones privadas y no solo en su relación con la limitación del poder estatal, puesto que desde los postulados de la *Revolución francesa* y la *Declaración de Derechos de Virginia*, la limitación del poder, como denominador común al estado de la voluntad general no incluía el estado de naturaleza, mencionado por Locke y Rousseau. Siguiendo a Peces-Barba, diríamos que existe una aplicación exagerada de la doctrina de los iuspublicistas alemanes de principios del

34 Dulitsky, Ariel. “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*. Víctor Abramovich y otros. Argentina, Editorial Del Puerto, 2007, pp. 33-74.

35 Instrumentos internacionales: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Rs. 2200 (XXI), 16-dic-1966, art. 2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2 y 5; Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 2, 26, 29; Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto de “San Salvador”), arts. 1, 4 y 5.
Constituciones regionales: Bolivia (1994), art. 1.II (nueva Constitución: art. 1, inciso 1); Brasil (1988), preámbulo; Colombia (1991), art. 1; Ecuador (1998), art. 1; Paraguay (1992), art. 1; Perú (1993), art. 43, y, Venezuela (1999).

siglo XX, donde se separa tajantemente el derecho público, como espacio del poder que debe ser limitado, y el derecho privado, que funcionaba como un espacio regido por la autonomía de la voluntad.³⁶ En realidad, el problema ha sido, siguiendo a este autor, de validez y no de eficacia, vale decir, de vinculación y obligatoriedad y no los fines concretos que se busca al momento de aplicar el derecho en las relaciones entre individuo-Estado y entre individuo-individuo. La realidad parece apoyar esta postura, puesto que gran parte de las arbitrariedades vienen por fuera del poder político, el derecho privado se ha complejizado, no se relaciona únicamente con el “estado de naturaleza”, y, finalmente, los derechos subjetivos presentan un nivel de relación correlativo con el Estado antes de convertirse en libertad.³⁷

Esta extensión del control a las relaciones privadas parece así entenderla la Constitución de 2008, cuando, por ejemplificar, dispone la garantía de protección jurisdiccional a los actos de los particulares en las acciones de protección y hábeas corpus, y la incorporación de una amplísima legitimación activa (acción popular).³⁸

4. Integralidad garantista del hábeas corpus en la Constitución de 2008 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

A partir de lo expresado en las secciones anteriores, es decir, la constitucionalización de la justicia y el tránsito histórico del hábeas corpus de ser una acción procesal para la protección de la libertad ambulatoria a un instrumento de protección integral de los derechos relacionados con la libertad y la integridad personal, en los siguientes párrafos identificaré dos ejes que tratan de establecer la renovada naturaleza procesal del hábeas corpus en la Constitución del Ecuador de 2008 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Hasta aquí analicé la sustancia renovada del hábeas corpus, en lo que sigue, abordaré algunos aspectos procesales que se perciben como una consecuencia de la nueva naturaleza jurídica.

36 Peces-Barba, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid, Universidad Carlos III, 1999, pp. 617-621.

37 *Ibid.*, pp. 618, 624-629.

38 Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículos 86 (numeral 1), 88 y 89.

El primer eje hace referencia a la ampliación del objeto de la acción de hábeas corpus. Recuérdese que antes de la reforma, el hábeas corpus tenía por objeto la protección del derecho a la libertad frente a la arbitrariedad del Estado. El segundo eje guarda relación con los cambios procesales que permitirían la transformación de la justicia a favor de generar mayor acceso a la justicia de las personas y colectividades.

Ambos ejes tienen como denominador común las siguientes características generales aplicables a todas las acciones de garantía jurisdiccional, que se fundan en el Estado constitucional de derechos y justicia y en la necesidad de reproducir una protección integral, y que se encuentran en el artículo 86 de la Constitución vigente, y que dan el marco de desarrollo a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.³⁹

1. *Legitimación procesal amplia*, según la cual, cualquier persona o colectividad puede activar un proceso de garantías jurisdiccionales, sin perjuicio del derecho particular de las víctimas a ser reparado integralmente (art. 86, numeral 1). Tradicionalmente, las acciones de garantías estaban dirigidas, tal como ya se estableció al hablar del Estado liberal, a limitar el poder estatal. Sin embargo, en el paradigma del Estado constitucional se está consciente de que no solo el Estado puede vulnerar los derechos de las personas y colectividades, sino también, los particulares. Por eso para garantizar una democracia sustancial y no solo formal, es indispensable ampliar la legitimación procesal a las personas particulares: cuando se provoca un daño grave, se actúa prestando servicios impropios, por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación (art. 88).⁴⁰ Existen algunas formas de limitación ilegal e ilegítima de la libertad por parte de particulares, tales como la

39 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, registro oficial n.º 52-SII, del 22 octubre 2009.

40 Tribunal Constitucional. Resolución n.º 0006-2003-HC; registro oficial n.º 63 del 16 abril 2003, Carlos Vera-CRELAD. El Tribunal Constitucional se inhibió de conocer un caso en el cual se demandó a una institución para la rehabilitación de personas consumidoras, la cual retenía a un individuo en contra de su voluntad, pues se alegó que el hábeas corpus no se podía interponer contra particulares. En este caso, el voto salvado (Milton Burbano, Enrique Herrería y Mauro Terán) acepta el caso, pues considera que para poder internar a una persona en un centro privado era necesario declararlo interdicto.

internación contra su voluntad de personas consumidoras de drogas, o la retención del paciente en una clínica hasta que asegure el pago de la atención. Un problema adicional relacionado con la legitimación es lo referente con el “fuero”, puesto que, si bien el artículo 168, numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece que será la Corte Provincial la competente para conocer sobre los casos de fuero respecto del hábeas corpus y de órdenes de privación de libertad de primera instancia (hábeas corpus judicial o amparo de libertad), en el Código Orgánico de la Función Judicial no se determina un fuero especial-personal para los casos de hábeas corpus. Tampoco considera un fuero de Corte Nacional para las altas autoridades estatales. Esto provocaría eludir el fuero a algunas autoridades estatales que fueren demandadas y un alto potencial de vulneración de la independencia judicial, interna y externa;

2. *Sumaridad del proceso constitucional*. Esto busca que el derecho sea tutelado o protegido en un tiempo razonable. De manera general, “justicia que tarda no es justicia”. Esta es una respuesta a la lentitud e ilegitimidad de la administración de justicia ordinaria. Se busca, por tanto, un proceso ágil, con formalidades mínimas y sobre la base de la oralidad procesal. Existen algunos estándares de los sistemas universal e interamericano de derechos humanos que pueden fijar la razonabilidad del plazo. Sin embargo, se parte de que el tiempo que demoran los procesos en Ecuador no se ajusta, ni de lejos, al estándar menos exigente.

Mucho más dramática es esta realidad si se tiene en cuenta que las garantías jurisdiccionales están para proteger de manera particular y especializada los derechos constitucionales de personas y colectivos (art. 86, numeral 2); y, muchas veces, la respuesta judicial-constitucional tarda más que la justicia ordinaria. Una de las formas para garantizar esta celeridad ha sido la tan criticada participación de todos los jueces —y no jueces constitucionales especializados en una jurisdicción especial— en el juzgamiento de todas las acciones de garantía constitucional, puesto que antes, al recaer esta potestad en alcaldes y alcaldesas, generalmente, las audiencias eran convocadas con una periodicidad semanal. Ahora, en teoría, tendríamos guardianes permanentes de los derechos constitucionales. Luego, se estableció normativamente varias

disposiciones que buscaban desformalizar el proceso constitucional, al punto que se determinó que no sea necesario el patrocinio de un profesional del derecho; pero, al mismo tiempo, algunas normas requieren una experticia técnica. En todo caso, el legajo jurídico, indispensable para los procesos constitucionales, pudiera evitarse, garantizando un acceso sustancial a la justicia constitucional, mediante políticas de justicia de asistencia jurídica por parte de los operadores jurídicos a los usuarios para presentar los hechos que, desde el sentido común, se entienden como violatorios del texto constitucional, y que ellos/as deberían trasladar a un lenguaje técnico-jurídico;

4. *Reparación integral*. Una de las grandes falencias de la justicia ordinaria ha sido su incapacidad para reparar el daño ocurrido. De hecho, nuestro sistema de derecho, se pierde en una maraña de normas y rituales procesales que no solo demoran la decisión, sino que impiden satisfacer el interés concreto de las personas que llevan sus conflictos a la justicia. Por esta razón, la Constitución de 2008 dispone que todo proceso jurisdiccional debe buscar que, en la medida de lo posible, el derecho sea reparado al punto que su restablecimiento sea lo más cercano al estado anterior (art. 86, numeral 3). Así mismo, los artículos 17, 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no solo desarrollan lo relativo a la reparación integral, sino que, incluso, determinan que el proceso no termine hasta que no se haya ejecutado completamente la sentencia. La reparación integral busca la garantía totalizadora de los derechos constitucionales, incluyendo todas las formas de expectativas del derecho y formas de daños en el acervo de derechos: género, diversidad, prioridad en la atención y cultura. Tómese en cuenta que el hábeas corpus tradicionalmente no estaba diseñado como un proceso de reparación, sino únicamente como una garantía de protección emergente de la libertad ambulatoria. Sin embargo, un reto pendiente es diferenciar esta forma de reparación de la ordinaria —la cual debe ser también integral—, y las facultades constitucionales de la justicia constitucional para poder corregir la falta de reparación o la que se realizó por la justicia ordinaria de manera defectuosa o insuficiente;
5. *Coerción por incumplimiento*. El cumplimiento de las sentencias de garantía será obligatorio. En caso necesario, los jueces y juezas podrán

utilizar medios coercitivos para garantizar el cabal cumplimiento de las sentencias de garantía (art. 86, numeral 5). No obstante, no existe claridad ni en la Constitución ni en la ley respectiva con relación a los criterios objetivos y grados de afectación de derechos para regular la actuación coercitiva de la justicia constitucional (advertencia, amonestación, destitución, pago de daños, repetición contra la autoridad). ¿Cuál organismo puede y cuál es el límite? ¿Es el principio democrático un límite suficiente para el ejercicio de esta facultad?

6. *Construcción del pensamiento jurídico.* Para finalizar, otra característica importante es que la justicia constitucional debe configurar el pensamiento jurídico de la Corte Constitucional mediante su jurisprudencia vinculante, a través de las sentencias en las acciones de garantía (art. 86, numeral 5). Supone esta una potestad normativa creativa que permitiría que los jueces y juezas participen en el proceso de debate público de las decisiones vinculantes, lo cual rompe la tradición de monopolio parlamentario en beneficio de un esperado activismo judicial progresista. No obstante, dos problemas afectan el cambio esperado en la cultura jurídica ecuatoriana. Uno de tipo estructural, que hace referencia a la falta de respuesta del sistema de formación de abogados en todos los niveles (universidades —particularmente el pregrado—, colegios profesionales, y escuelas de formación de servidores judiciales y funcionarios públicos), respecto de la asunción de los nuevos patrones ideológicos y de interpretación constitucional constantes en la Constitución y las normas del sector justicia y de la justicia constitucional. El otro de tipo coyuntural consiste en las dificultades institucionales que experimentan los organismos de la justicia constitucional y, mucho más, los de la justicia ordinaria, para comenzar a sistematizar su pensamiento jurídico y convertirlo en líneas de precedentes constitucionales ordenados, integrales y progresistas, lo cual pugna con nuestra cultura jurídica legalista, trivial-procesal, burocrática y corporativa, disfrazada por el ropaje alienatorio del sentido común y la práctica estatal.

A partir de las características establecidas en este acápite, se podrá entender la integralidad de la protección que a continuación vamos a analizar.

4.1. Protección integral de la libertad (ambulatoria, tortura, no prisión por deudas)

Una de las facetas que el hábeas corpus no había integrado era la protección por la privación de libertad por deudas; puesto que en la mayoría de los casos, el Tribunal Constitucional limitó su actuación al procedimiento formal de detención y del plazo razonable de detención. Existieron casos en los que se interpusieron acciones de hábeas corpus a personas que fueron impedidas de salir de una clínica privada por no haber pagado los gastos de atención médica. Los alcaldes siempre negaron esta pretensión. No se debe olvidar que el Tribunal consideró que el objeto de la acción de hábeas corpus era la protección de la libertad individual respecto de su detención ilegal, es decir, si no se cumplían ciertos requisitos: si existía o no orden de privación de libertad,⁴¹ o si se había extralimitado el tiempo de la detención en función de lo que establecía la Constitución y la ley.⁴²

Por eso, la LOGJCC establece en el artículo 43, numeral 6 que es objeto de la acción de hábeas corpus la protección:

1. A no ser detenida por deudas, excepto en el caso de pensiones alimenticias...

4.2. Protección cautelar de los derechos de las personas privadas de la libertad

Otra de las formas de violación sistemática e invisible de los derechos es la que ocurre en los centros de rehabilitación social, donde las personas privadas de libertad ven violados sus derechos derivados de su privación regular de la libertad. Es en este contexto que se ha ampliado el objeto del hábeas corpus, tornándolo procedente en los casos previstos en el artículo 43 de la LOGJCC:

41 Por ejemplo, resolución n.º 031-2002-HC, registro oficial n.º 659 del 10 septiembre 2002; resolución n.º 056-2003-HC, registro oficial n.º 206 del 7 noviembre 2003.

42 Por ejemplo, resolución n.º 059-2003-HC, registro oficial n.º 210 del 13 noviembre 2003.

1. En caso de incumplimiento inmediato de la excarcelación que haya ordenado una/un jueza/es (art. 43, numeral 7);
2. Cuando haya caducado la prisión preventiva por haber transcurrido seis meses en los delitos sancionados con prisión y de un año en los delitos sancionados con reclusión (art. 43, numeral 8);
3. En el caso de haber ocurrido incomunicación o sometimiento a tratamientos vejatorios de la dignidad humana (art. 43, numeral 9).

Estas garantías debemos empararlas con la creación de jueces de garantías penitenciarias que dispone el artículo 230 del Código Orgánico de la Función Judicial,⁴³ los cuales tendrían la facultad de resolver acciones de hábeas corpus, sin perjuicio que se pudiera presentar ante un juez ordinario.

Además, esta forma de protección de las personas privadas de la libertad tiene dos facetas. La una que busca limitar el régimen disciplinario dentro del sistema penitenciario, y la otra que, además, dispone la toma de medidas concretas para impedir la extralimitación de dicho régimen. Vemos aquí, una vez más, la coexistencia de la obligación negativa y positiva del Estado y el deber de abstención y de actuación frente a la libertad e integridad personal.

4.3. Protección cautelar de movilidad humana (no deportación y no exilio)

Otro de los ámbitos de protección que abarca el hábeas corpus, previsto por el artículo 43 de la LOGJCC, es la movilidad humana de las personas, en dos casos:

1. De los ecuatorianos a través de la prohibición de exilio forzoso (art. 43, numeral 2). Esta garantía se funda en el derecho a no devolución por razones de posible peligro por persecución e intolerancia política, racial o religiosa,⁴⁴ y

43 Código Orgánico de la Función Judicial, registro oficial suplemento n.º 544 del 9 marzo 2009.

44 Convenio relativo a la Condición de los Refugiados, 1951.

2. De las personas extranjeras mediante la prohibición de destierro y repatriación del territorio nacional (art. 43, numeral 2). Se entiende que lo que está prohibido es la “simple repatriación”, sin perjuicio de un proceso de deportación, siempre y cuando se garantice el debido proceso.

El artículo 246 del Código Orgánico de la Función Judicial podría crear judicaturas especiales, entre ellas, la de deportación de extranjeros. Actualmente, el procedimiento de deportación es administrativo y es competencia de los comisarios en primera instancia, y en segunda y definitiva instancia del Ministerio a cargo de la seguridad interna. En el corto plazo, es indispensable que se judicialice el procedimiento de deportación con el fin de garantizar el debido proceso de manera sustancial.

Para finalizar, esta competencia del hábeas corpus es importante, puesto que el Tribunal Constitucional en su momento se inhibió de conocer, vía acción de amparo, lo relativo a las políticas de regulación de flujos migratorios, pues consideró que esta ocurría como expresión de una potestad soberana, por lo cual no podría realizarse control jurisdiccional de una potestad política.⁴⁵

4.4. Protección para evitar la desaparición forzada

Por último, una de las formas más dramáticas de violación de derechos humanos en la región ha sido la desaparición forzada de personas. Existen en el Ecuador casos que pueden considerarse emblemáticos, tales como la desapariciones de Consuelo Benavides y de los hermanos Restrepo que ocurrieron en la década de los ochenta, en pleno auge de un tardío movimiento insurgente y la emergencia de un Estado represor.

Ante esto, el artículo 43 de la LOGJCC determinó, como objeto del hábeas corpus, dos situaciones íntimamente relacionadas:

1. La desaparición forzada (art. 43, numeral 2), la cual es una fórmula de protección para impedir una actuación violatoria de los Estados respecto de las personas y colectividades que se entenderá como:

45 Tribunal Constitucional, resolución n.º 125-2002-RA, registro oficial n.º 723 del 12 diciembre 2002, Sean O’Hearn-Subsecretaría Regional del Litoral de Extranjería.

“el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”.⁴⁶

2. Y la prohibición de la tortura, el trato en forma cruel, inhumana o degradante, lo cual está regulado en (art. 43, numeral 3), que se entiende como:

todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.⁴⁷

Lo más importante de estas garantías es que disponen de un mecanismo preventivo, cautelar y sumario que consiste en la comparecencia del máximo representante de la Policía Nacional y a la ministra o ministro competente. Luego de escucharlos, se adoptarán las medidas necesarias para ubicar a la persona y a los responsables de la privación de libertad (art. 46).

46 Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, artículo 3.

47 Asamblea General en la resolución n.º 39/46 del 10 diciembre 1984, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, artículo 1.

5. Bibliografía

Doctrina

- Aja, Eliseo. Estudio Preliminar. *¿Qué es una Constitución?* Por Ferdinand Lasalle. Madrid, Editorial Ariel S.A.
- Andrade, Santiago y Luis Ávila Linzán. Introducción. *La transformación de la justicia*. Eds. Santiago Andrade Ubidia y Luis Ávila Linzán. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Ávila Linzán, Luis. “Acceso a la justicia y emancipación social”. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- _____. “La constitucionalización de la administración de la justicia en la Constitución de 2008”. *La Constitución del 2008: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- _____. “Los caminos de la justicia intercultural”. *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*. Eds. Carlos Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”. *La Constitución del 2008: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bidart Campos, Germán. *Derecho de amparo*. Buenos Aires, Ediar S.A., 1961.
- Bobbio, Norberto. *El tercero ausente*. Madrid, Ediciones Cátedra.
- Camargo, Pedro. *Manual de derechos humanos*. Bogotá, Editorial Leyer, 1995.
- Carbonell, Miguel. *El Neoconstitucionalismo en América Latina: elementos para una definición*. México, Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México (IJJ-UNAM), 2008.
- Couture, Eduardo. “Las garantías constitucionales en el proceso civil”. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Uruguay, Editorial De Palma, 1979.

- Dulitsky, Ariel. “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Víctor Abramovich y otros. Argentina, Editorial Del Puerto, 2007.
- Fernández, Alberto. *Función creadora del juez*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2004.
- García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Editorial Civitas, 1994.
- García Serrano, Fernando. “Jurisdicción Indígena. Del monismo jurídico a la interlegalidad”. *La transformación de la justicia*. Eds. Santiago Andrade Ubidia y Luis Ávila Linzán. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Gargarella, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls: un breve manual de filosofía política*. Barcelona, Editorial Paidós, 1999.
- Grijalva, Agustín. “¿Una constituyente más?” *Revista Renovación: ¿Qué se juega en la segunda vuelta?* (Quito), 4 (nov-dic 2006).
- Luna, José. *El Derecho de Amparo*, 1998, s/i.
- Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005.
- Peces-Barba, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*. Madrid, Universidad Carlos III, 1999.
- Ponce Martínez, Alejandro. *Estudio preparatorio para la exposición del curso “Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia”*. Tribunal Constitucional, febrero 1993.
- Santos, Boaventura de Sousa. “Derecho y democracia: la reforma global de la justicia”. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*, t. I. Comps. Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.
- _____. “Los paisajes de la Justicia en las sociedades contemporáneas”. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*, t. I. Comps. Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

- Tavolari, Raúl. *El hábeas corpus*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- Touraine, Alain. *¿Qué es la democracia?* Madrid, Editorial Ediciones de Hoy S.A., 1994.
- Torres, Luis Fernando. *El control constitucional del Ecuador*. Quito, Ediciones de la Pontificia Universidad del Ecuador (Edipuce).
- Vigo, Rodolfo. *Interpretación constitucional*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2001.

Normativa

- Asamblea General en su resolución. Resoluciones 39/46/ del 10 de diciembre 1984.
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993.
- Constitución de Bolivia, 1994.
- Constitución de Colombia, 1991.
- Constitución de Paraguay, 1992.
- Constitución de Venezuela, 1999.
- Constitución del Brasil, 1988.
- Constitución del Ecuador, 1998.
- Constitución del Ecuador, 2008.
- Constitución del Perú, 1993.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto de “San Salvador”).
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.
- Convenio relativo a la condición de los refugiados, 1951.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, registro oficial n.º 52-SII del 22 octubre 2009.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución n.º 2200 (XXI) del 16 diciembre 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Tribunal Constitucional. Resolución n.º 031-2002-HC, registro oficial n.º 659, 10 septiembre 2002.

_____. Resolución n.º 056-2003-HC, registro oficial n.º 206 del 7 noviembre 2003.

_____. Resolución n.º 059-2003-HC, registro oficial n.º 210 del 13 noviembre 2003.

_____. Resolución n.º 125-2002-RA, registro n.º 723 del 12 diciembre 2002, Sean O’Hearn-Subsecretaría Regional del Litoral de Extranjería.

_____. Resolución n.º 0006-2003-HC, registro oficial n.º 63 del 16 abril 2003, Carlos Vera-CREIAD.

El hábeas data en Ecuador

Rosa Elena De la Torre* y Juan Montaña Pinto**

1. Introducción

Hace algún tiempo la televisión nos mostraba las imágenes de un hombre público en su recorrido desde el taxi que lo trasladó al aeropuerto hasta prácticamente la puerta del avión que iba a tomar. Estas imágenes producen una ligera sensación de paranoia, que se acrecienta seguramente si pensamos que casi cada paso de nuestra vida puede ser monitoreado por medio de los ojos de águila en las calles, las cámaras en dependencias públicas y privadas, el registro electrónico que deja el depósito o retiro de dinero en un cajero electrónico o la ventanilla del banco; el uso de la tarjeta de crédito, una llamada por el teléfono celular, un mensaje enviado desde un teléfono o desde el correo electrónico, una foto o un video digital que puede viajar en segundos por la web y ser reproducida en periódicos digitales o redes sociales o nuestra inocente conversación telefónica con la compañía de cable o el seguro social que puede ser grabada “para nuestra seguridad”, el registro biométrico al ingresar y salir de la oficina, el historial de las páginas visitadas desde el computador, grabadoras digitales incorporadas a teléfonos, reproductores de música, computadores. Y los archivos y registros de datos, manuales en otros tiempos, digitalizados hoy con información sobre nosotros y nuestros bienes. Sin embargo de la necesidad de la recolección de la información, esta

* Licenciada en ciencias jurídicas y sociales. Exasambleísta constituyente.

** Director Ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

exposición pública nos hace vulnerables si el uso que se hace de esa información atenta contra nuestros derechos de libertad o nos afecta con relación a nuestros bienes.

¿Cuánta de esa información es personal y no queremos que sea conocida por otros? El uso e interpretación de esa información podría hacernos daño personal o patrimonial, más si esa información hace que seamos discriminados o es falsa o equivocada. ¿Tenemos derecho a decidir qué información sobre nosotros, nuestra familia, nuestros bienes puede ser conocida? ¿Tenemos derecho a que sea rectificadora o eliminada?

Con estas preguntas quiero iniciar el desarrollo del tema de la acción constitucional del hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa.

En las páginas siguientes se hará un recorrido por los orígenes del hábeas data, los derechos protegidos por esta acción constitucional, su desarrollo en el Ecuador y el procedimiento actual.

2. Origen del hábeas data

Se vincula el origen del hábeas data con el desarrollo de la informática¹ y las nuevas tecnologías de comunicación, como una respuesta a las nuevas posibilidades de archivo, difusión y acceso a información que facilita la exposición pública de datos personales y las consecuencias que eso puede tener en las personas y en sus intereses patrimoniales.

Un momento importante para el desarrollo de legislación que protege el derecho a la intimidad fue el conocido caso Watergate, escándalo por espionaje telefónico y grabaciones magnetofónicas, que terminó con la renuncia del presidente norteamericano Richard Nixon. Este episodio da lugar al “Privacy Act” del 31 de diciembre de 1974, cuyo fin es regular el derecho a la privacidad.

Cuatro años antes, Alemania había desarrollado ya su legislación de protección de datos personales, este ejemplo fue seguido por algunos países europeos como Francia, Noruega y Suecia e incluso fue recogido en las constituciones de Portugal y España, lo que influyó en decisiones del Consejo Europeo en esa década para llegar en 1987 a una convención específica.

1 En definición de José C. García Falconí la informática es la ciencia que estudia el tratamiento automático y racional de la información.

El nombre “hábeas data” aparece por primera vez en la Constitución de Brasil en el año de 1988, con los mismos elementos con los que se mantiene hasta ahora: derecho de las personas a conocer las informaciones relativas a sí mismas que consten en registros o bancos de datos y poder rectificarlos. Ya en algunas constituciones latinoamericanas, se habían esbozado conceptos tales como: el de la finalidad de las bases de datos, la licitud de su obtención, la calidad de la información, lo referente a la seguridad, el resguardo de los archivos y lo atinente a los datos sensibles. El nombre de hábeas data fue recogido por las constituciones sudamericanas de Paraguay de 1992, Perú del año 1993, Argentina 1994, Venezuela del año de 1999.

El hábeas data fue introducido en Ecuador en la reforma constitucional y su posterior codificación en 1996, mantenido y desarrollado en la Constitución de 1998 y en la Constitución de 2008.

En su origen se relaciona al hábeas data con el hábeas corpus, más allá de su denominación. *Hábeas* significa “conserva o guarda” y *data* del inglés “datos” en referencia a su procesamiento automático; es decir conserva o guarda tus datos. Esta vinculación también tiene que ver con la influencia que tiene dicha garantía en la protección de otros derechos, según lo señala el jurista español Pérez Luño, “así como una persona tiene derecho a la plenitud de su libertad corporal, también se debe reconocer el derecho a disponer de sus propios datos, sea como atributos de su personalidad o en su calidad de ciudadano [...] la libertad también se ocupa de otras situaciones subjetivas de naturaleza defensiva, como son la libertad de expresión, de información, de conciencia, de religión y culto, de asociación, etc.”²

3. ¿Qué es el hábeas data?

En el caso de Brasil, Paraguay, Perú, Argentina y Ecuador es una garantía constitucional, en Colombia es un derecho amparable por vía de la acción de tutela. Todas las definiciones del hábeas data que han sido revisadas recogen como elementos comunes:

2 Gozaíni, Osvaldo. *Derecho procesal constitucional, hábeas data, protección de datos personales*. Argentina, Rubinzal-Culzoni editores, 2001, p. 17.

- El derecho de acceso a la información personal o familiar.
- La información puede encontrarse en registros públicos o privados.
- El derecho a solicitar la actualización, rectificación o eliminación de la información o impedir su difusión.

Presento tres definiciones que nos pueden ayudar a tener una idea más clara de lo que es el hábeas data, la primera recoge los elementos citados, dándole el tratamiento de derecho además de un elemento que es recogido explícitamente en algunas legislaciones: la protección de la información que puede generar discriminación; la segunda habla del equilibrio entre dos derechos y de la protección de la privacidad —relacionada a los datos sensibles—, y una tercera que hace referencia al derecho a la buena imagen y la oportunidad de la protección. Veamos.

En Argentina, los autores Ekmedekdjian y Pizzolo definen al hábeas data como el: “Derecho que asiste a toda persona —identificada o identificable— a solicitar judicialmente la exhibición de registros ‘públicos o privados’ en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de la exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación [...] esta herramienta tiende a proteger a la persona contra calificaciones sospechosas incluidas en registros (principalmente estatales pero también pueden serlo privados), que —sin darle derecho a contradecirlas— pueden llegar a perjudicarlo de cualquier modo”.³

El tratadista también argentino Dalla Vía, lo define como “una noble institución en el plexo de las garantías. Su fundamento reside en la búsqueda del equilibrio entre derechos en juego: el del Estado —u otros particulares—, de acumular información de las personas que viven en su territorio, y el no menos importante de los sujetos de preservar su privacidad”.⁴

El autor ecuatoriano Hernán Salgado señala: “El habeas data viene a ser un correctivo para el ejercicio veraz de derecho a la información, al mismo tiempo protege el derecho a la buena imagen que tienen todos. Su procedimiento se caracteriza por ser ágil y de aplicación inmediata”.

3 Citado en Armagnague, Juan F. *et al. Derecho a la información, hábeas data e Internet*. Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2002, p. 329.

4 *Ibid.*, p. 459.

A estas definiciones sería necesario agregar el concepto de datos sensibles, es decir los datos que tienen que ver con las concepciones religiosas, políticas, vida sexual, estado de salud; así como el derecho a la autodeterminación informativa.

4. Derechos protegidos

En su desarrollo legislativo el hábeas data ha estado vinculado a la protección de los derechos siguientes:

Derecho a la intimidad. En primer lugar se señala el derecho a la intimidad —personal y familiar— lo que algunos han llamado el derecho a “estar solo”. Este derecho defiende a las personas de la intromisión, por cualquier medio, de los asuntos de su entorno familiar y personal. El derecho a la intimidad está vinculado al derecho a la inviolabilidad de domicilio, el derecho a la inviolabilidad y el secreto de correspondencia, el derecho al honor y al buen nombre, a la imagen y la voz de la persona. El derecho a la intimidad fue consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,⁵ de allí su amplio desarrollo legislativo en el siglo XX.

Derecho a la privacidad. Este derecho tiene relación con guardar reserva sobre las propias convicciones y la prohibición de difundir sin autorización del titular sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político, ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual. Esto es lo que se conoce como información sensible y el “derecho al silencio” o “derecho al olvido” sobre datos de la vida pasada que afectan el presente e implican un trato desigual o discriminatorio, por ejemplo, una sentencia judicial que ha sido cumplida y que, por tanto, implica el cumplimiento del presupuesto para la reinserción social.

Derecho a la identidad. Para tener mayor claridad sobre este derecho hay que remitirse a la Constitución ecuatoriana, que lo describe en forma

5 Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación.” Internet. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>; también <http://www2.obcbr.org/spanish/law/ccpr.htm>.

muy completa: “El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.”⁶

Derecho a la protección de datos de carácter personal. Derecho personal y colectivo que incluye el acceso y protección de información y datos personales.

Derecho a la autodeterminación informativa. Este derecho consiste en la definición personal de los datos que una persona considera deben ser conocidos por terceros y cuáles de ellos no, así como cuáles son correctos.

La tendencia actual es la de relacionar la acción de hábeas data como un mecanismo para la protección de un derecho a la autodeterminación informativa, así lo señala el profesor ecuatoriano Carlos Alvear:

El llamado derecho a la autodeterminación informativa ha cobrado tal fuerza y autonomía que sobrepasa al derecho a la intimidad, el cual es bastante puntual respecto del Hábeas Data; por ello, la doctrina prefiere hoy afirmar que mediante el Hábeas Data se protege el derecho a la autodeterminación informativa que es amplio y genérico y no hablar del concreto derecho a la intimidad que, en ciertos casos puede ser afectado, y en otros no.⁷

En este mismo sentido, Anacélida Burbano afirma que el derecho de autodeterminación informativa se origina en el derecho a la intimidad, pero no se limita a él, sino que lo trasciende.

Lo que se trata es reconocer el derecho que tiene cada individuo de participar en el proceso de recolección de datos y asegurar su veracidad, que se utilice para fines lícitos y que en ningún momento puedan ser empleados de forma que se invada el espacio de privacidad que toda persona debe tener garantizado para su plena realización.

6 Artículo 66, numeral 28 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008. Registro oficial n.º 449 del 20 octubre 2008.

7 Alvear, Carlos. “Régimen procesal del hábeas data en el Ecuador”. Internet. http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=506&Itemid=29. Acceso: 13 septiembre 2010.

5. Desarrollo del hábeas data en Ecuador

La Codificación de la Constitución política ecuatoriana de 1996, en el artículo 30 introduce por primera vez el hábeas data como una garantía de los derechos.⁸ Este artículo recogía los elementos descritos en la definición de hábeas data:

- Derecho a acceder a información contenida en documentos, banco de datos o informes.
- Información contenida en entidades públicas y privadas.
- Derecho a solicitar la actualización, rectificación, eliminación o anulación; pero condicionados a la existencia de error en la información o afectación de derechos.

En ambos textos se hace una consideración especial a documentos de carácter reservado por razones de seguridad nacional: en el primer caso de la Codificación de 1996 negando el acceso y en el caso de la Constitución de 1998 al permitir el acceso a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional determinado por ley.

La Ley del Control Constitucional, en el artículo 36, yendo más allá de la única limitación constitucional que debía ser regulada por ley, limitaba la acción de hábeas data en caso de que la entrega de los datos solicitados podía afectar el sigilo profesional, limitar la acción de la justicia o cuando los datos tenían el carácter de reservado por razones de seguridad nacional, o cuando la información personal debía mantenerse por disposición de la ley.

El juez debía considerar que estos afectarían los derechos de la persona solicitante, que se dé uso a la información y este uso viole un derecho constitucional.

La Constitución ecuatoriana de 2008⁹ profundiza la acción de hábeas data. Del artículo 92 se desprende la eliminación de las limitaciones incluidas en la anterior Constitución y la Ley del Control Constitucional

8 Constitución Política de la República del Ecuador, codificación 1996, ley n.º 000, registro oficial n.º 969 del 18 junio 1996.

9 “Art. 92.- Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos

ya señaladas. La protección del derecho a la autodeterminación informativa tendrá que ver sobre todo con la decisión personal del titular de la información, sin que sea importante para el juez las motivaciones para la obtención de los datos, su actualización, rectificación, eliminación o anulación; así tampoco el uso posterior que el titular de los datos pueda hacer con ellos.

La única limitación que se mantiene es la correspondiente a los datos personales que por ley deben mantenerse en un banco o archivo, requiriéndose eso sí, para su difusión, la autorización del titular de la información o autorización judicial.

Del hábeas data consagrado en la Constitución, se desprende que las personas tienen respecto de su información personal o de los bienes que reposan en instituciones públicas o privadas, los derechos siguientes:

— *Derecho de acceso*

El derecho a conocer la existencia y a acceder a la información personal;

El derecho a conocer el uso, finalidad, origen y destino de la información y tiempo de vigencia de los archivos.

— *Derecho de respuesta*

Este derecho le permite conocer la existencia y veracidad de la información. En caso de que se le niegue este derecho podrá acudir a juez o jueza competentes y demandar por los perjuicios que dicha negativa ocasione.

o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.

Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley.

La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.” Constitución de la República del Ecuador de 2008. Registro oficial n.º 449 del 20 octubre 2008.

- *Los derechos de actualización, rectificación, eliminación o anulación*
Estos derechos se pueden ejercer una vez que se haya hecho efectivo el derecho al acceso, puesto que no será posible pedir que se actualice, rectifique, elimine o anule la información, si previamente no se ha podido acceder a ella. En razón de lo indicado es que la pretensión del hábeas data por lo general es compuesta, ya que primero se debe acceder a la información y posteriormente puede solicitarse que esta sea actualizada, rectificada, eliminada o anulada, según sea pertinente a criterio de su titular.

- *Derecho a la confidencialidad*
Derecho a que no se difunda la información personal que debe ser mantenida en archivos o bancos de datos por disposición de la ley, sin autorización del titular, salvo orden judicial.
En caso de datos sensibles, su archivo deberá ser autorizado por la ley y se podrá pedir medidas de seguridad.

En referencia a la información se dispone:

- La información se puede encontrar en documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes.
- Estar en entidades públicas o privadas.
- Encontrarse en soporte material o electrónico.
- La información solicitada únicamente puede referirse a quien la solicita o a sus bienes.

6. Procedimiento

La Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁰ establecen normas comunes y el procedimiento de las garantías jurisdiccionales, que es aplicable la acción de hábeas data.

10 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, registro oficial n.º 22-S del 9 noviembre 2009.

Estas normas están recogidas en los artículos 86 y 87 de la Constitución y del Título II, Capítulo I de la ley, y por las disposiciones específicas del hábeas data, en los artículos 49, 50 y 51 de la ley.

6.1. Legitimación activa

Puede presentar recurso de hábeas data toda persona. La ley aclara que puede ser natural o jurídica, por sus propios derechos o como representante legitimado. En este punto cabe nuevamente insistir que únicamente podrá solicitar acceso a la información relativa a sí mismo o sus bienes.

6.2. Competencia

El artículo 7 de la ley determina la competencia del juez o jueza de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos.

Las decisiones del juez o jueza de primera instancia podrán ser apeladas a la Corte Provincial correspondiente a la judicatura de primera instancia.¹¹ La apelación únicamente se concederá con efecto devolutivo cuando el apelante sea el accionado, por lo que la sentencia de primera instancia, en caso de que se haya acogido la demanda, se deberá cumplir de forma inmediata, sin importar si se ha apelado o no de la decisión. En este sentido, resulta absurdo que exista la posibilidad de apelar de la sentencia cuando se haya concedido la acción y la única pretensión haya sido el acceso a la información, puesto que hasta que se sustancie la segunda instancia, es muy probable que el accionante ya haya tenido acceso a la información requerida y la apelación formulada por la entidad accionada sea totalmente ineficaz. En tal sentido, resulta más coherente la disposición del artículo 41 de la derogada Ley del Control Constitucional que establecía únicamente la posibilidad de que sea apelada la resolución que negaba el hábeas data.

11 *Ibid.*, artículo 24.

Finalmente, las sentencias ejecutoriadas podrán ser seleccionadas o revisadas por la Corte Constitucional, o solicitarse su revisión por parte del Defensor del Pueblo en un término de 20 días.

6.3. Ámbito de protección

Como quedó dicho, la Constitución consagra el derecho al acceso, actualización, rectificación, eliminación, anulación e implementación de medidas de seguridad de la información personal, derecho que se puede hacer efectivo solicitándolo directamente a la institución pública o persona, natural o jurídica, que tenga en su poder información personal del solicitante.

Por mandato de la ley, las disposiciones sobre el hábeas data también son aplicables a los casos de rectificación a la que están obligados los medios de comunicación social.

La Constitución no es clara en cuanto a si para solicitar judicialmente un hábeas data es necesario previamente haber realizado un requerimiento directo; sin embargo, el artículo 50 de la LOGJCC establece que se podrá interponer un hábeas data cuando:

- Se niega el acceso a datos genéticos, archivos de datos personales e informes siempre que estos consten en entidades públicas o estén en poder de personas naturales públicas o privadas.
- Se niega la actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos que fueren erróneos o afecten sus derechos.
- Se da un uso de la información personal que viole un derecho constitucional, sin autorización expresa, salvo cuando exista orden de juez o jueza competente.

Del texto de la norma anotada se desprende que en los dos primeros supuestos sí se necesita un requerimiento previo ya que, caso contrario, no se comprende cómo se puede obtener una *negativa* si no se ha solicitado nada. En el tercer caso, no se requiere pedido previo, y lo único que se deberá probar en sede jurisdiccional constitucional es que el uso de la

información viola un derecho constitucional de su titular. Ahora bien, no existe una norma que nos indique cuándo se puede considerar que existe una negativa tácita del requerimiento de información que nos habilite a solicitar judicialmente un hábeas data en los dos primeros casos, ya que sería absurdo pensar que se tiene que esperar indefinidamente para obtener una negativa expresa, puesto que en ese caso lo único que debería hacer la entidad o persona que no quiere entregar información es jamás contestar el pedido que le formulen. En tal sentido, parece lógico y coherente con nuestro régimen constitucional, que en el caso de que la petición no sea contestada en un plazo razonable —haciendo un símil con la acción de acceso a la información pública este plazo no debería ser mayor a 15 días—¹² se presume que la petición ha sido negada y por ende quedaría habilitado el peticionario a interponer un hábeas data.

Sin embargo, existen posiciones que sostienen que en ningún caso se debería requerir de una solicitud previa para proponer un hábeas data, así el juez de segunda instancia en el caso 0005-10-JD señala que “no existe medio alguno que se oponga ni requiere haber terminado un trámite administrativo preciso para obtener a través de esta acción del poseedor de la información que éste le proporcione al recurrente en forma completa, clara y verídica.”

6.4. Medidas cautelares

Al igual que ocurre con el resto de garantías jurisdiccionales constitucionales, en la demanda de hábeas data se puede solicitar además la adopción de medidas cautelares para impedir la consumación de violación de un derecho. En el caso del hábeas data, tales medidas se podrían solicitar, por ejemplo, para prohibir la difusión o entrega a un tercero de la información sobre la que se discute, mientras dura el proceso constitucional.

12 Artículo 9 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Lotaip).

7. Bibliografía

- Alvear, Carlos. “Régimen procesal del hábeas data en el Ecuador”. Internet. http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=506&Itemid=29. Acceso: 13 septiembre 2010.
- Armagnague, Juan F. *et al.* *Derecho a la información, hábeas data e Internet*. Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2002.
- Gozáini, Oswaldo. *Derecho procesal constitucional, hábeas data, protección de datos personales*. Argentina, Rubinzal-Culzoni editores, 2001.
- Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Internet. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

La acción de acceso a la información pública

Angélica Porras Velasco* y Johanna Romero Larco**

1. Introducción

El derecho de acceso a la información pública, en América Latina y en Ecuador, es uno de los logros legales y constitucionales más importantes de los últimos años; su reconocimiento como derecho humano fue producto de luchas sociales que buscaban mejorar la participación de los ciudadanos en los asuntos del poder, transparentar la gestión del gobierno o conocer sobre violaciones de derechos humanos cuya información se mantenía oculta bajo la denominación de reservada.

El derecho de acceso a la información pública, junto con otros, como el derecho a recibir y emitir información, conforman lo que se denomina el derecho a la información, término que ha cobrado una notable relevancia, aparejado sobre todo a la centralidad que el conocimiento, las tecnologías asociadas a él y los medios de comunicación tienen en las sociedades contemporáneas. Esta categoría ha ido dotándose de contenido según han aparecido en el horizonte del derecho nuevas realidades asociadas al fenómeno de la información, por lo que su concepción no es unívoca.

Precisamente el estudio de su aparecimiento, contenido y la forma en que la Constitución y legislación ecuatoriana y comparada la abordan, es el objetivo de este artículo. Para ello, partiremos de una contextualización de lo que se denomina “la sociedad de la información”; para luego adentrarnos en la diversidad de distinciones terminológicas necesarias para dar identidad conceptual —desde el punto de vista jurídico— al

* Coordinadora de investigación e investigadora del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional - (CEDEC).

** Investigadora del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional - (CEDEC).

derecho a la información y dentro de él de manera específica al de acceso a la información pública; posteriormente abordaremos la protección jurídica internacional y nacional, para finalizar con el estudio del procedimiento establecido en la Constitución y la ley ecuatorianas, en la medida que el espacio lo permita también acudiremos al derecho comparado.

2. La sociedad de la información

Una de las referencias más comunes a las sociedades contemporáneas, cuando se trata de caracterizarlas, es su denominación de *sociedades de la información*, este término no constituye solo un nombre sino que pretende recoger algunas transformaciones fundamentales ocurridas en su seno, tanto en su núcleo económico como en las relaciones sociales que se generan en torno a él, y, por tanto en el derecho. La información ha cambiado la forma de producción de las empresas, la manera de considerar la riqueza de un país, las comunicaciones, las relaciones sociales y las jurídicas de manera sustancial, planteando un serio reto para el mundo jurídico que no ha podido responder con la misma rapidez con que se producen los fenómenos sociales, dejando en una zona gris varias instituciones y conflictos nuevos.

Pero ¿de qué hablamos cuando decimos sociedades de la información? Los estudios al respecto, múltiples por cierto, pueden dividirse en diversas posiciones: están quienes desde una consideración lineal y positivista de la historia asumen que es un siguiente estadio en la evolución de la sociedad, en la que la contracción y rapidez de las comunicaciones la ha transformado radicalmente permitiendo y facilitando la globalización y una mejor distribución del poder mediante la democratización del acceso a la información;¹ del otro extremo están quienes manifiestan sus preocupaciones respecto del pretendido avance que supone este “estadio” y ponen énfasis en el estudio del efecto final de dicha expansión informática,² sostienen que todavía no está claro qué aportan estas tecnologías a la democracia,

1 En este grupo se encuentran Escobar de la Serna, Luis. *Derechos de la información*. Madrid, Dykinson, 2004, pp. 33-98; Castells, Manuel. *La era de la información. Vol. II: El poder de la identidad*. México, Distrito Federal, Siglo XXI Editores, 2001; del mismo autor *La era de la información. Vol. III: Fin de milenio*. México D.F., Siglo XXI Editores, 2001.

2 Aquí encontramos a Santos, Boaventura de Sousa: *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá, ILSA / Universidad Nacional de Colombia, 2003; Bauman, Zygmunt. *Vida de consumo*. Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2007.

pues, no es posible aún establecer las estratificaciones y jerarquizaciones que podrían producirse en su interior. En medio de estas tesis encontramos una serie de visiones intermedias.

En este contexto, el derecho operaba —en algunos casos, todavía lo hace— con leyes anacrónicas, muchas derivadas de las llamadas leyes de imprenta propias del siglo XIX, enfocadas sobre todo a garantizar la libertad de prensa y expresión, dejando fuera los conflictos surgidos a la luz de la revolución informática tales como: el tratamiento de datos sensibles, el acceso a la información pública, la relación entre libertad de expresión y derecho a la intimidad, los límites de la libertad de expresión, el intervencionismo gubernamental, las prácticas oligopólicas y monopólicas de ciertas empresas de información, la regulación de los medios de comunicación, entre otros.³

3. Derecho a la información

En una sociedad como la actual se va configurando cada vez más, bajo el riesgo de la exclusión, la necesidad de la persona de estar informada, no solo como una forma de satisfacción del clásico espíritu de curiosidad del ser humano, sino como lo sostienen algunos estudiosos del tema, en cuanto requisito previo para el ejercicio de los demás derechos, pues, resulta obvio que solo estando informado se puede exigir con efectividad el cumplimiento de los demás derechos.⁴

La pregunta inmediata es entonces ¿qué se entiende por derecho a la información? Para dilucidar esta cuestión es necesario empezar por diferenciar dos conceptos íntimamente relacionados: libertad de expresión y derecho a la información, podría decirse que ambas nociones corresponden a un estadio diferente de evolución del mismo derecho, la primera propia del liberalismo originario; la segunda, más bien asociada al liberalismo tardío y la sociedad posmoderna.

3 Luis Escobar de la Serna, *op. cit.*, p. 41.

4 Ávila Santamaría, Ramiro. “El derecho de acceso a la información y los derechos humanos”. *Los derechos sociales: del acceso a la información a la justiciabilidad*. Coord. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007; Villanueva, Ernesto. “Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica”. Internet. www.bibliojuridica.org/libros/. Acceso: 31 agosto 2010.

3.1. Derecho a la información y libertad de expresión: diferencias conceptuales

La base de la libertad de expresión hay que buscarla en el liberalismo, tanto filosófico, político como económico que a partir de la segunda mitad del siglo XVIII construyó los pilares del Estado y el derecho modernos: el individualismo, las libertades civiles y públicas, la limitación del poder, el pluralismo político, la separación de poderes, el derecho racional, etc. Desde esta ética pragmática, utilitarista e individualista se exige la abstención del Estado para el ejercicio de los derechos, las que solo pueden ser posibles acudiendo a la abstracción de la igualdad de todos ante la ley, sobreviniendo entonces un traslado al terreno público de la lógica de mercado, donde las leyes de la oferta y la demanda no solo regulan el intercambio de bienes, sino también de opiniones. La participación en el mercado impone la necesidad de la libertad de expresión.⁵

La libertad de expresión y su complemento la libertad de prensa se instituyen como derechos humanos en instrumentos internacionales muy tempranos: la Declaración de los Derechos de Virginia de 1776, la Constitución de Estados Unidos de 1787 y, sobre todo, las enmiendas incorporadas en 1791 y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 recogen esta preocupación que ha sido una de las conquistas más caras de Occidente. Todos estos documentos establecen la obligación de los Estados de abstenerse de intervenir en la esfera privada del individuo a la que corresponde su libertad de expresión.

¿Cómo se relaciona el derecho a la información con la libertad de expresión y en qué se diferencian? En primer lugar, el objeto de protección del derecho a la información es más amplio que en la libertad de expresión, no se trata solo de no ser molestado en las opiniones propias y difundirlas por cualquier medio, sino que abarca también la posibilidad de generar, difundir y recibir noticias sobre hechos. En segundo lugar, abarca una dimensión más integral de la persona, ya no solo desde la perspectiva individual, sino desde una visión social en la que el ser humano tiene una contraprestación frente al Estado, y este deberá garantizar el cumplimiento del derecho.⁶

5 Véase además: Luis Escobar de la Serna, *op. cit.*, pp. 45-54.

6 Armagnague, Juan F. *et al. Derecho a la información, hábeas data e Internet*. Buenos Aires, Ediciones La Roca, 2002, pp. 36-62; 88-90.

3.2. El contenido del derecho a la información

Intentando avanzar en el estudio del derecho a la información, nos ocuparemos del contenido de este. Ernesto Villanueva, utilizando como referencia el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sostiene que el derecho a la información es el derecho fundamental que toda persona tiene de atraerse información, informar y ser informada.⁷ En esta misma línea, otros estudiosos como Armagnague y Escobar reconocen que este derecho está integrado por tres facultades: a recibir información, a difundir información y a buscar información.⁸

En resumen podríamos sostener que este derecho supone:

- a) El derecho de recibir información o ser informado;
- b) El derecho de difundir información o informar;
- c) El derecho de investigar o atraerse información.

3.3. Derecho a recibir información

Este derecho se entiende como la prerrogativa que tiene todo ciudadano de ser receptor de noticias y opiniones que se puedan transmitir, a su vez esta facultad integra la libertad de elegir no recibir información, la libertad de elegir la información o el medio, la posibilidad de impugnar la información por las vías establecidas jurídicamente, la existencia de pluralidad de fuentes, y la posibilidad de acceder a los medios de comunicación.⁹

Según Juan Armagnague, este derecho exige varias condiciones: que la información sea veraz y que se constituya con hechos de trascendencia pública. La veracidad debe ser entendida no como un equivalente de la verdad, pues no son lo mismo, para que esta se dé basta con que el emisor haya comprobado la noticia con suficiente rigurosidad.¹⁰ Con respecto a la trascendencia pública de los hechos noticiables existe cierto consenso

7 Ernesto Villanueva, *op. cit.*, p. 17.

8 Se puede ver al respecto: Luis Escobar de la Serna, *op. cit.*, pp. 79 y 80; además Ávila Palacios, Ricardo. *Derecho a la información y jurisprudencia constitucional*. Colombia, Librería Edición del Profesional, 2005; Juan F. Armagnague, *op. cit.*, pp. 65-87; Ernesto Villanueva, *op. cit.*

9 Ricardo Ávila Palacios, *op. cit.*, p. 65; Juan F. Armagnague, *op. cit.*, p. 65.

10 Juan F. Armagnague, *op. cit.*, pp. 68-69.

en entender por ella que sea de “interés” para los ciudadanos tomando en cuenta que este término es polisémico y se presta a un sinnúmero de interpretaciones; sin embargo, vale la pena recalcar que si este derecho a recibir información incluye la posibilidad de elegirla, parece lógico que esto suponga la de designar también qué información es trascendente para los ciudadanos, pues, no solo los eventos jurídicos, económicos o políticos son trascendentales o lo son para todos, podrían ser también asuntos relacionados con la publicidad que preocuparían más a unos ciudadanos que a otros.

Para concluir, es menester distinguir que la exigencia de veracidad procede cuando se trata de informaciones sobre hechos o datos, no cuando se trata de opiniones, no obstante, la transmisión de una opinión configura la obligación del emisor de diferenciar de manera clara lo que constituye opinión de aquello que es información, pues es muy frecuente que se pretenda hacer pasar una opinión por un hecho.

3.4. Derecho a difundir información o informar

Este derecho puede entenderse en sentido lato: como la posibilidad de que cualquier persona pueda comunicarse y por tanto transmitir su información a los demás sin censura previa ya sea como opinión o información, y, en sentido estricto como la facultad de difundir información de parte de un sujeto especializado, quien tiene la profesión de informar. Esta facultad incluye la libertad de información y de imprenta y el de constitución de sociedades y empresas informativas.

Aunque no es el objeto de este trabajo, no podemos dejar de referirnos a la prohibición de censura como parte constituyente de este derecho, la censura entendida como la posibilidad de intervención del Estado en el contenido o forma de la información, atendiendo a criterios ideológicos, políticos o doctrinarios es inadmisibles en un Estado democrático.¹¹ La censura no se da solamente cuando quien informa es impedido de hacerlo

11 Esta interpretación es desarrollada ampliamente por la Corte Constitucional colombiana, que distingue los límites a la información con la censura. Cuando entran en conflicto varios derechos como pueden ser: la libertad de expresión y la preservación del orden público, luego de un ejercicio de ponderación se puede establecer si son derechos compatibles o no. La Corte consideró en este caso particular ambos derechos son compatibles a partir de la teoría del núcleo esencial de los derechos. Sentencia C-033 del 8 febrero 1993.

o se impide que lo haga respecto de ciertos hechos, sino que también se presenta en el caso que el periodista es obligado a emitir ciertas opiniones o a publicar solo cierta información.¹² Sin embargo, esto no quiere decir que no existan límites al derecho de difundir información, esto es aceptable cuando se ponen en juego otros derechos.

Otro elemento relevante es el derecho de reserva de las fuentes encaminado a proteger no al periodista sino a la información, protegiendo su fuente, también admite restricciones cuando el hecho informado tiene que ver con la comisión de un delito.¹³ A pesar de estas restricciones es necesario tener en cuenta que la acción del periodista no debe suplir el trabajo del juez, es decir, el periodista no está obligado a revelar sus fuentes sino el juez con su diligencia profesional.

3.5. Derecho a investigar o a atraerse información

Como señala Desantes, este derecho debe ser entendido como: “La facultad atribuida a los profesionales de la información, a los medios informativos, y en general al público, de acceder directamente a las fuentes de información y opiniones y obtener éstas sin límite alguno, facultad que debe considerarse en su doble faceta, es decir, como derecho del ciudadano y como deber de los que manejan las fuentes de información”¹⁴ incluido el Estado.

En virtud de este derecho el ciudadano está facultado para:

- a) acceder a datos sobre sí mismo que consten en archivos públicos o privados, conocer su finalidad y exigir su rectificación en caso de errores o falsedades;
- b) acceder a cualquier información (archivos, registros, documentos) generada por entidades públicas o privadas cuando estas funcionen con fondos del Estado o realicen funciones públicas, conforme lo establezca la ley.

12 Ricardo Ávila Palacios, *op. cit.*, pp. 21 ss.

13 La excepción a la protección se da cuando la información tiene el carácter de reservada, cuando haya obligación de impedir la comisión de un delito —situación que debe ser constatada de manera objetiva—, y, cuando se trate de opiniones.

14 José Desantes, citado por Juan F. Armagnague, *op. cit.*, p. 76.

Así mismo este derecho faculta a los profesionales a atraerse información utilizando cualquier medio para ello, siempre que sea lícito.

4. El derecho de acceso a la información pública

Este derecho forma parte del género derecho a la información y se configura como la facultad de acceder a información en manos de entidades públicas o privadas que funcionan con fondos públicos. La importancia de este derecho radica en que se constituye como una forma de mejorar la rendición de cuentas y la transparencia de la gestión del Gobierno, además de ser una herramienta para mejorar la participación ciudadana en el proceso democrático, pues, la toma de decisiones colectivas o cotidianas se basa principalmente en la información de que se dispone.

4.1. El principio de publicidad en el derecho de acceso a la información

Como sostiene Ramiro Ávila Santamaría, uno de los principios que dota de sentido al derecho de acceso a la información pública es el de publicidad de la información que está en manos del Estado o que es producida por él. Esto forma parte a su vez del principio democrático, por el cual, los representantes están sometidos al control ciudadano antes, durante y después del mandato, generándose la obligación de dar a conocer sus planes, competencias y acciones y facilitar la rendición de cuentas. La información debe ser pública, sin embargo se aceptan algunas excepciones ligadas a las relaciones internacionales o la soberanía estatal, puede existir información reservada y solo procede cuando se hace conforme a la ley y siempre que esta no esté relacionada con violaciones de derechos humanos.¹⁵

15 Ramiro Ávila Santamaría. *Los derechos sociales: del acceso a la información a la justiciabilidad*, op. cit., pp. 25-26.

4.2. El contenido del derecho de acceso a la información pública

Como se ha podido ver, el derecho a la información no es equivalente al derecho de acceso a la información pública, aunque este último es parte del primero. Podríamos entonces entender como derecho de acceso a la información como “la prerrogativa de la persona para acceder a datos, registros y todo tipo de informaciones en poder de entidades públicas o empresas privadas que ejercen gasto público y/o cumplen funciones de autoridad con las excepciones taxativas que establezca la ley”.¹⁶

4.2.1. Los sujetos del derecho de acceso a la información pública

En este derecho interactúan dos sujetos:¹⁷ quien es titular, es decir, el sujeto activo que está constituido por cualquier persona, y quien tiene la obligación de proporcionar la información solicitada, el sujeto pasivo (el Estado por intermedio de las entidades públicas o las entidades privadas con fondos estatales o con funciones públicas).¹⁸ La obligación estatal debe cumplirse al margen de que se mencione o no la finalidad a la que va a ser destinada la información.

Cada vez existe una tendencia mayor a considerar que los sujetos activos no son solo las personas naturales, sino también las jurídicas en el entendido de que para ellas puede ser relevante acceder también a información pública. Por el lado del sujeto pasivo también se ha dado una transformación, al inicio se pensaba que la obligación correspondía solo al poder ejecutivo, pero poco a poco se fueron integrando las otras funciones del Estado e inclusive personas privadas con fondos o funciones públicas como ya se vio con anterioridad.

4.2.2. El objeto del derecho de acceso a la información pública

Existe discusión en cuanto a cuál es el objeto de protección del derecho o bien tutelado, según Villanueva es el derecho a mejorar la calidad de vida,

16 Ernesto Villanueva, *op. cit.*, p. 11.

17 Por sujeto “puede entenderse la persona legitimada por el orden jurídico vigente para ejercer un derecho o cumplir un deber”. Véase Ernesto Villanueva, *op. cit.*, p. 13.

18 *Ibíd.*, pp. 14-15.

pues constituye un requisito para el ejercicio de otros derechos. Esto tiene fundamental importancia cuando se trata de información relacionada con el ejercicio de los derechos sociales y económicos, pues en ese caso el papel activo del Estado como obligado a dar una prestación, solo puede ser controlado de manera efectiva teniendo acceso a la información relacionada con las políticas públicas. Ciertas legislaciones han ido lejos en esta prerrogativa y permiten el acceso también a información sobre las competencias de los funcionarios, presupuestos y planes de las entidades públicas.

Hacer efectivo este derecho requiere por un lado transparencia en la gestión de la información y, por otro, entidades públicas dispuestas a rendir cuentas a la sociedad,¹⁹ precisamente de allí deriva la obligación, no solo de permitir la consulta de la información sino también su reproducción.

5. El derecho de acceso a la información pública en los instrumentos y en la jurisprudencia internacionales

La Constitución ecuatoriana en el artículo 424, inciso segundo señala: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.” Conforme a la disposición constitucional citada, podemos señalar que cuando de derechos fundamentales se trate, resulta indispensable remitirse a aquellos instrumentos internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano.

Es precisamente este el fundamento del denominado bloque de constitucionalidad que se halla oculto en la disposición constitucional referida, toda vez que por medio de esta institución, lo que se pretende es encontrar en el ordenamiento jurídico, aquellas normas —incluso supranacionales— cuyos postulados confieran mayor protección a los derechos fundamentales. En definitiva, mediante el bloque de constitucionalidad, el orden jerárquico de las normas que configuran el ordenamiento jurídico, quedan supeditadas al parámetro ya no de superioridad sino de protección, es decir, que en tanto más proteja una norma a un derecho fundamental, su preeminencia es superior.

19 *Ibid.*, pp. 16-17.

En concordancia con ello, encontramos que el artículo 417 de la Constitución determina que

Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

Como lo dejamos señalado en líneas anteriores, la concepción del derecho de acceso a la información en los instrumentos internacionales obedece a una dinámica diferente que la generada en legislaciones domésticas. En el derecho internacional este derecho ha sido abordado desde una concepción liberal, basta para ello leer la misma Declaración Universal de Derechos Humanos.

Desde la jurisprudencia y los textos de los propios instrumentos internacionales se observa que el derecho de acceso a la información, entendido como una expresión del derecho de información, ha sido formulado a partir de la libertad de expresión, justamente como una derivación de este. La jurisprudencia de los organismos internacionales (regionales o universales) ha desarrollado ampliamente este derecho, como consecuencia de los casos presentados ante estas instancias.

Es imperativo entonces referirnos a los más importantes:

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948

Art. 19.- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966

Art. 19.-

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de

toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a. asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Convención Americana de Derechos Humanos de 1969

Art. 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Conforme lo ha señalado Villanueva,²⁰ de todas estas normas supranacionales, la contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos es la que confiere un mayor desarrollo del derecho que ahora tratamos, por lo que en consideración a ello, abordaremos este tema desde lo que la propia Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado a partir de la Convención.

Como es de suponerse, los derechos contenidos en la Convención no se limitan a lo que textualmente se redacta en ella, de ahí que sea preciso

20 Ernesto Villanueva, *op. cit.*

remitirnos a las sentencias emitidas por la Corte IDH, para poder comprender con mayor claridad los alcances de este derecho. Entre las principales directrices desarrolladas por la Corte para determinar lo que deberá entenderse como el derecho de acceso a la información encontramos las siguientes.

[...] el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a ‘buscar’ y a ‘recibir’ ‘informaciones’, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el *derecho* de las personas a *recibir* dicha información y la *obligación positiva* del Estado de *suministrarla*, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla.²¹

El libre acceso a la información es un medio para que en un sistema democrático representativo y participativo la ciudadanía ejerza sus derechos políticos; en efecto, el pleno ejercicio del derecho de acceso a la información es necesario para evitar abusos de los funcionarios públicos, promover la rendición de cuentas y la transparencia en la gestión estatal, y permitir un debate público sólido e informado que asegure la garantía de recursos efectivos contra los abusos gubernamentales y prevenga la corrupción. Solo mediante el acceso a la información bajo control del Estado que sea de interés público es que los ciudadanos pueden cuestionar, indagar y considerar si se está dando cumplimiento adecuado a las funciones públicas.²²

Conforme se deduce de las sentencias citadas, la Corte IDH sienta las siguientes bases:

21 Corte IDH, caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia del 19 septiembre 2006.

22 *Ibid.*, serie C n.º 151, párrs. 86-87.

- a) El derecho de acceso a la información supone la obligación del Estado de suministrar la información requerida;
- b) El derecho de acceso a la información involucra dos sujetos. Un titular, quien solicita la información y un obligado, es decir, el Estado o sus entidades, que deben conferir la información requerida;
- c) El derecho de acceso a la información determina que no es preciso indicar un interés directo como fundamento para presentar la solicitud;
- d) El derecho de acceso a la información es una herramienta para el control ciudadano del funcionamiento del Estado y la gestión pública.

Informe anual de la Relatoría Especial de Libertad de Expresión

En 1997, la Comisión IDH crea la Relatoría Especial para la libertad de expresión a fin de promover y estimular la libertad de expresión en todo el hemisferio. Para el año 2000 la Comisión aprobó la *Declaración de Principios sobre libertad de expresión*, cuyo artículo 4 reconoce el acceso a la información, en los siguientes términos

4. El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio solo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.²³

Para el año 2003, la Corte IDH resuelve mediante sentencia el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, cuyo asunto central era precisamente el derecho de acceso a la información pública. Se dejan así establecidas las primeras directrices que más tarde seguirán siendo desarrolladas para casos posteriores.

23 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Declaración de Principios sobre libertad de expresión, octubre 2000.

Para el año 2009, la relatora especial Catalina Botero en su informe incluyó el derecho de acceso a la información sobre la base de dos principios fundamentales: de máxima divulgación y de buena fe.

Principio de máxima divulgación. Este principio supone los aspectos siguientes:

- a) El acceso a la información es la regla y el secreto es la excepción. Por tanto, este derecho debe cumplir los requisitos de verdadera excepcionalidad, consagración legal, objetivos legítimos, necesidad y estricta proporcionalidad. Consecuencia de ello se fija la presunción de que toda información es accesible por principio.
- b) La carga probatoria le corresponde al Estado en caso de establecer limitaciones al derecho de acceso a la información.
- c) Preeminencia del derecho de acceso a la información en caso de conflictos de normas o de falta de regulación.

Principio de buena fe. Mediante este principio se expresa que para garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, es indispensable que los sujetos obligados, esto es el Estado y sus entidades, actúen en pro de cumplir con los fines que persigue este mismo derecho, mediante la estricta aplicación del derecho y la dotación de asistencia suficiente para los interesados, de tal manera que se promueva una cultura de transparencia, actuando con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional. En definitiva, mediante el principio de buena fe, lo que se promueve es que las actuaciones públicas satisfagan los intereses colectivos.²⁴

6. El acceso a la información en el derecho comparado

Tomando como punto de partida que en el Ecuador, la garantía que hace efectivo el derecho de acceso a la información es la “acción de acceso a la información” conforme al artículo 91 de la Constitución y el artículo 47 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

24 Botero, Catalina. *Informe anual de la relatoría especial para la libertad de expresión 2009*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009.

Constitucional, en cuanto señala que el objeto de esta acción es “garantizar el acceso a la información pública...”, observamos además que la realidad en otras latitudes es diversa. Así, encontramos que en otras legislaciones la situación varía no solo en cuanto al tipo de acción que se ejerce y su denominación, sino en cuanto al propio derecho tutelado.

Perú

La Constitución peruana de 1993 regula en el artículo 2, inciso 5 lo siguiente: “Toda persona tiene derecho: [...] 2. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal...” Por su parte, el artículo 200 de la misma Constitución señala que será la acción de hábeas data el medio que permita la protección del derecho de acceso a la información cuando este haya sido vulnerado.

Corresponde, sin embargo, resaltar lo siguiente: el hábeas data en el caso peruano figura como aquella garantía que a más de precautelar el derecho de acceso a la información lo hace también de los derechos a la intimidad personal y familiar, al honor y a la buena reputación. Por tanto, para la legislación peruana el hábeas data se configura como aquel recurso que lleva como telón de fondo el derecho de información, pero en dos concepciones distintas. Primera, como una concesión (acceso a la información) y, segunda, como el derecho mismo pero restringido. Es decir, cuando el derecho de información se confronta con la intimidad, el honor, la buena reputación, la vía idónea para tutelar estos derechos es asimismo el hábeas data.

Esta es, por tanto, la diferencia substancial que guarda con la legislación ecuatoriana, en la que como hemos visto, estas dos dimensiones quedan amparadas en acciones distintas (acción de acceso a la información, hábeas data o incluso acción de protección).

Colombia

La Constitución colombiana de 1991 señala en el artículo 74: “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los

casos que establezca la ley...” Cabe además señalar que esta disposición se encuentra ubicada en el capítulo 2 referente a los *Derechos Sociales, Económicos y Culturales* (DESC), con lo cual podríamos inferir que este derecho no forma parte de la categoría denominada *Derechos fundamentales*, consecuencia de lo cual, la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución no tendría lugar cuando de derecho de acceso a la información se trate. No obstante ello, la Corte Constitucional colombiana ha postulado lo contrario, al señalar que “el derecho de acceso a la información” es “derecho fundamental [...] [con] claros y rigurosos requisitos para que una limitación [...] pueda resultar constitucionalmente admisible”.²⁵

Entretanto, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que el derecho de acceso a la información, a diferencia de lo que sucede en Ecuador y Perú, es un derecho cuyo punto de partida está en el derecho de petición contenido en el artículo 23 de la Constitución colombiana; este último derecho faculta a que toda persona pueda dirigir mediante escrito, solicitud, cualquier opinión o queja a órganos públicos. De hecho, el Código Contencioso Administrativo cuando se refiere a los tipos de peticiones incluye además de las de interés general, de interés particular, a las peticiones de informaciones.

Es justamente este último tipo, las peticiones de informaciones, las que hacen de conector entre el derecho de petición con el derecho de acceso a la información, así lo ha recalcado la Corte Constitucional en varias de sus sentencias (T-12-92, T-464-92, T-473-92, T-609-97, T-178-00).²⁶ Como se observa, el tratamiento que este derecho tiene en la legislación colombiana figura de manera muy diversa a lo que sucede en el Ecuador, no obstante de ello, son importantes las formulaciones que principalmente la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado en cuanto a este.

25 Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia n.º C-492/07 del 27 junio 2007.
26 Alonso, Emelina *et al.* *Acceso a la información pública: manual para periodistas en Colombia*. Buenos Aires, Asociación por los Derechos Civiles- ADC, 2008. Internet. <http://www.periodismo-aip.org/images/documentos/adcaipmanualcolombia.pdf>. Acceso: 1 septiembre 2010.

Argentina

Por otra parte, en Argentina el tratamiento del derecho de acceso a la información es igualmente diverso. La Corte Suprema de Justicia de la Nación sustenta sus fallos en materia de acceso a la información en lo siguiente:

[E]l principio de la publicidad de los actos de gobierno es inherente al sistema republicano establecido en la Constitución Nacional, por lo que su cumplimiento es una exigencia ineludible por las autoridades públicas. [...] [E]llo posibilita a los ciudadanos el derecho al acceso a la información del Estado a fin de ejercer control sobre las autoridades [...] y facilita la transparencia de la gestión.²⁷

[L]a Convención Americana [...] proporciona pautas inexcusablemente atendibles para juzgar los casos vinculados con el ejercicio de la libertad de expresión [derecho que] comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole [...]”⁸⁰. De tal manera, el derecho de acceso a la información, contenido en la Convención Americana, es reconocido como derecho fundamental, en virtud de que “el [artículo] 75, [inciso] 22 [...] otorgó jerarquía constitucional a los tratados [...] [los cuales] deben entenderse complementarios de los derechos y garantías [...] reconocidos [en la Constitución]”⁸¹ y “deben ser interpretados armónicamente, para hallar un ámbito de correspondencia recíproca dentro del cual obtengan su mayor amplitud los derechos y garantías individuales.”²⁸

La Constitución argentina no señala de manera expresa el derecho de acceso a la información, la remisión que hace la Corte Suprema de Justicia lo hace con fundamento, por una parte en el propio sistema republicano, y de este, en el principio de publicidad. Por otra parte, la Corte Suprema reconoce los contenidos de la Convención Americana de Derechos Humanos y las consecuentes sentencias emitidas por la Corte

27 Sentencia de 11 febrero 2004. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Expediente 315/2004 Adm. Gral. Buenos Aires, Argentina. <http://www.villaverde.com.ar/larchivos/File/investigacion/Amicus%20Curial/ac-1-2004-csn.pdf>. Citado por Catalina Botero, en *Informe Especial de la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión*. Internet. <http://www.cidh.org/pdf%20files/RELEAnnual%202009.pdf>.

28 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3 abril 2001.

IDH, en función de que la Constitución argentina confiere rango constitucional a la Convención por lo que toma a esta como su principal fundamento decisorio.

Una vez más, entonces, el tratamiento que el derecho materia de análisis recibe en una legislación extranjera es categóricamente diferente a lo que se encuentra en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sin embargo, es preciso tomar atención en cuanto al desarrollo mismo que el derecho ha alcanzado en las legislaciones extranjeras. Es decir, si bien su tratamiento es distinto y desde diversas perspectivas, las bases sentadas esto es principios, alcances, límites, son sustancialmente similares, con lo cual se logra un entendimiento uniforme y amplio de un mismo derecho.

7. Derecho a la información y de acceso a la información pública en la Constitución ecuatoriana

El derecho de acceso a la información pública es un derecho que constitucionalmente se encontraba ya reconocido en la Constitución de 1998 (art. 81) y posteriormente también incluido en la Constitución del 2008, por lo que el desarrollo normativo que existe en esta materia recoge no solo los principios constitucionales de la Carta política de 1998, sino además del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

El derecho de acceso a la información está recogido en el capítulo correspondiente a los Derechos del Buen Vivir, en la sección tercera referida a la comunicación e información, en el artículo 18, numerales 1 y 2:

Art. 18.- 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.
2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas.

No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.

Como se puede apreciar, la norma constitucional recoge todas las dimensiones del derecho a la información: recibir, difundir e investigar, sin embargo ha decidido darle especial énfasis al acceso a la información generada por entidades públicas que bien podría haber sido parte de la “búsqueda” de información. Esto tiene su explicación en la larga y ardua lucha que el país tuvo para transparentar la información de las instituciones públicas, que por mucho tiempo se mantenía como reservada ya sea formalmente o en la práctica, situación que no solo fue posible causa de actos de corrupción, sino sobre todo porque impedía la toma de decisiones informadas de los ciudadanos y su participación activa en la vida política.

El artículo 18, numeral 2 claramente menciona quiénes son los sujetos del derecho de acceso a la información: el activo “todas las personas” y el pasivo: las entidades públicas y las privadas que manejen fondos del Estado o ejerzan funciones públicas. Es importante aclarar en cuanto al sujeto activo que nada dice la norma respecto de si podrían ser personas jurídicas, cuestión que deberá ser resuelta por el juez considerando los instrumentos internacionales que sí admiten esta posibilidad, sin embargo, reconoce la facultad de que las personas puedan individualmente o colectivamente acceder a la información, es decir, la Constitución le da de alguna manera a este derecho una dimensión colectiva.

En cuanto al sujeto pasivo (entidades públicas) son necesarias algunas puntualizaciones, si bien la propia Constitución no señala qué entenderemos por ellas, sí incluye la especificación de que instancias —entidades— integran el *sector público* en el artículo 225.

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

En lo que se refiere a las personas privadas con los funcionarios o autoridad pública, la Constitución es categórica al incluir esa posibilidad.

Consecuentemente, toda aquella información que se encuentre en poder de cualquiera de estas instituciones, será pública por regla general, salvo las excepciones previstas en la ley.

La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Lotaip), sin embargo, en el artículo 1 hace un detalle aún más exhaustivo de todas las entidades que se suponen obligadas a cumplir con este derecho.

En cuanto a la información pública, la norma constitucional es clara al mencionar que la información no será reservada sino por excepción de acuerdo con la ley, y va más allá al prohibir la negativa del acceso en caso de información vinculada a la violación de derechos humanos.

7.1. La acción de acceso a la información pública en la Constitución y en la ley

La Constitución de la República establece una serie de garantías jurisdiccionales encaminadas a proteger el derecho a la información: el hábeas data,²⁹ la acción de protección,³⁰ y la acción de acceso a la información pública. En esta parte nos ocuparemos de esta última recurriendo para su análisis a la Constitución y a la Lotaip.

La Constitución ecuatoriana consagra la acción de acceso a la información pública en el artículo 91:

Art. 91.- La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o

29 Recogida en el artículo 92 de la Constitución que protege el derecho de toda persona de acceder a la información que sobre sí misma conste en archivos, bases de datos, datos genéticos, etc., ya sea en instituciones públicas o privadas, conocer su uso y finalidad.

30 Recogida en el artículo 88 de la Constitución procedería ante cualquier violación del derecho a la información contempladas en el artículo 18, numeral 1, además en los artículos 19 y 20 conforme a los principios, procesos y términos contemplados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.

El texto constitucional es bastante rico en matices por lo que se requiere un cuidadoso análisis:

7.1.1. ¿Cuándo procede la acción?

La norma contempla dos supuestos:

- Cuando la información solicitada ha sido denegada expresa o tácitamente, es decir, habiéndose solicitado a la autoridad pública o privada correspondiente, esta ha negado el acceso—inclusive cuando aduce que se trata de información reservada— o sus acciones u omisiones hacen suponer que la está negando (tácitamente) como por ejemplo si ha vencido el plazo para dar contestación a la solicitud o no ha sido motivada conforme a la ley. La cuestión aquí es con qué criterios se ha de calificar la negativa si esta es tácita, asunto que le tocará resolver al juez.

Cuando habiendo sido proporcionada la información es incompleta o no fidedigna, esto implica que la obligación del Estado no es solamente entregar la información solicitada, sino también toda la información disponible y sin alteración.

7.1.2. ¿Cuándo la información es reservada?

La norma constitucional señala que la información puede considerarse reservada, por tanto, no es de acceso público, sin embargo, la declaración de esta calidad debe ser anterior a la petición, hecha por autoridad competente y conforme a la ley. A esto debería agregarse que, según la Corte

IDH, la carga de la prueba en este caso le corresponde a la autoridad que alega la reserva de la información. La Lotaip señala en qué casos la información es reservada.

De manera más amplia la Lotaip reúne los principios básicos que rigen el derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, y a fin de dar concordancia a esta ley con los nuevos principios y garantías constitucionales, la LOGJCC desarrolla una sección importante sobre la acción de acceso a la información pública, como la garantía que tutela el derecho en situaciones de vulneración.

7.1.3. Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Lotaip)

Conforme lo señalado en los artículos 1 y 2 de la Lotaip el derecho tutelado es el derecho de acceso a la información pública, con sustento en la Constitución y los tratados internacionales. El objeto del derecho se entenderá como toda información que está bajo custodia, administración o tenencia del Estado. Como es de suponerse el derecho de acceso a la información es un derecho como muchos otros que suponen dos situaciones. Por un lado, una prestación u obligación y, por otro, el derecho mismo, es decir, la posibilidad de todo ciudadano de solicitar o demandar el cumplimiento. Por lo tanto, estos dos supuestos permiten identificar un sujeto activo y uno pasivo que a continuación señalamos.

Debemos entender el derecho de acceso a la información como cualquier otro derecho no es un derecho ilimitado, es pues, un derecho que puede y debe ser limitado a fin de asegurar otros derechos que adquieren supremacía por las circunstancias en las que se presentan. La misma Constitución y la ley reconocen que la información puede ser declarada como reservada o confidencial. Así, la Lotaip señala expresamente aquellos casos en los que es posible declarar la reserva de determinada información y, señala además, que la misma debe ser declarada con anterioridad a su solicitud, conforme al artículo 17.

7.1.4. Procedimiento

La Lotaip señala que antes de demandar el reconocimiento del derecho de acceso a la información es preciso recurrir al procedimiento administrativo, que no es otro sino la propia solicitud al titular de la institución a que se le conceda la información. La Lotaip señala que desde la presentación de la solicitud la entidad pública tiene el plazo de 10 días para dar contestación favorable o no a su solicitud, pero además la misma se supone debe estar debidamente fundamentada, más aún cuando la contestación es denegando la petición (art. 9, Lotaip).

De la denegación expresa o tácita de esta solicitud, es posible que el interesado interponga una acción de acceso a la información pública conforme al artículo 91 de la Constitución. Antes de entrar a analizar esta acción, es preciso tener en claro lo siguiente: la Lotaip fue promulgada en el año 2004, en tal sentido, sus contenidos no siempre serán acordes a los nuevos postulados de la Constitución de Montecristi. Para ello entonces debemos recordar la disposición derogatoria que expresa: “El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución”. Con ello entendemos que todo aquello que guarde concordancia con la Constitución está vigente, de lo contrario se entenderá no aplicable.

Entenderemos consecuentemente que cuando la Lotaip se refiera a Recurso de Acceso a la Información, lo que se entenderá es Acción de Acceso a la Información. Sobre esta hacemos algunas precisiones preliminares:

La información reservada

Conforme lo determina la Lotaip es posible calificar a determinada información con el carácter de confidencial o reservada, siempre que se encuentre entre los casos previstos en el artículo 17 de la antedicha ley.

Art. 17.- De la Información Reservada.- 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 Ministerio de Coordinación de Seguridad, por razones de defensa

nacional, de conformidad con el artículo 81 (91), inciso tercero, de la Constitución Política de la República y que son:

- 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 contrainteligencia 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.

Tal disposición normativa como se puede ver señala:

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 Ministerio de Coordinación de Seguridad, por razones de defensa nacional, de conformidad con el artículo 81 (91), inciso tercero, de la Constitución Política de la República y que son:
- 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 contrainteligencia 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.

Todos aquellos supuestos que se hallen dentro de lo establecido en esta disposición pueden ser considerados —previa declaración— como

información reservada. No obstante, es preciso tener en claro un aspecto importante; si bien la norma transcrita señala “no procede el derecho a acceder a la información pública, exclusivamente en los siguientes casos” la misma no implica que no sea procedente interponer una acción de acceso a la información pública, cuando la información sea denegada aduciendo que es reservada, pues lo que se busca es que si la negativa se basa en la calificación de confidencial de la información se pruebe que dicha declaración fue hecha con antelación a la petición y, además, conforme a la ley. Este planteamiento queda corroborado con lo señalado en la Constitución en el artículo 91, en cuanto determina que la acción de acceso a la información: “Podrá ser interpuesta *incluso* si la negativa se sustenta en el carácter secreto” (énfasis añadido).

En definitiva, conforme lo determina la Constitución (arts. 18, numeral 2, y 91) y la ley (art. 17, Lotaip), existe información que puede ser catalogada como reservada o confidencial, sin embargo, ello no obsta que aun siendo calificada como tal, cualquier persona pueda interponer la acción correspondiente. Constituye un avance que la Constitución del 2008 haya hecho esta precisión, puesto que por un lado encontramos que ha sido justamente a consecuencia de la declaración de reserva o confidencialidad de la información pública, que las personas interesadas en acceder a determinada información han visto estancados sus intereses.

Por tanto, el objetivo de la acción de acceso a la información pública no está en simplemente facilitar aquella información negada, sino también controlar que la información que haya sido declarada como confidencial o reservada se encuentre dentro de los supuestos establecidos a la ley, a fin de evitar que la información que está en manos del Estado puede injustificadamente ser catalogada como tal. Lo que en consecuencia se logra es que mediante esta garantía jurisdiccional reconocida en la Constitución, toda autoridad pública quede obligada a declarar motivadamente las razones de confidencialidad de aquella información que maneja.

El juez competente

Otro asunto igualmente importante respecto de esta acción es aquella relativa a la autoridad competente para conocerlas. Por una parte tenemos que la acción de acceso a la información está contenida en el título III,

capítulo tercero de la Constitución, es decir, dentro de las “Garantías Jurisdiccionales”; junto a ella está la acción de protección (art. 88), la acción de hábeas corpus (art. 89), la acción de hábeas data (art. 92), la acción por incumplimiento (art. 93) y la acción extraordinaria de protección (art. 94). Todas estas —incluida la acción de acceso a la información pública— se hallan sujetas a las “Disposiciones comunes”, contenidas en el artículo 86 de la Constitución.

En cuanto a lo que nos corresponde tratar, apuntamos que el numeral 2 de este último articulado indica que “Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento...” De la lectura de esta disposición constitucional podemos inferir que toda jueza o juez será competente para conocer este tipo acciones, por lo que no cabe que ley alguna restrinja este derecho.

Frente a lo anterior encontramos que la Lotaip, en el artículo 22 en cuanto trata del recurso de acceso a la información pública, señala que el mismo se lo interpone ante cualquier *juez de lo civil o tribunal de instancia* del domicilio del poseedor de la información. En definitiva, podemos decir que nos encontramos frente a una aparente contradicción de la norma de la materia y la Constitución, en cuanto al juez competente.

Paralelamente a ello encontramos otra dificultad. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional expresa en el artículo 7 que será competente para conocer las garantías jurisdiccionales, “cualquier jueza o juez de primera instancia”; señala además la ley que “[e]n las acciones de hábeas data y acceso a la información pública, se estará a lo dispuesto en esta ley”, y culmina el artículo señalando que la juez o jueza no podrá inhibirse.

Vemos entonces que en primera instancia la ley especial (Lotaip) determina que es competente el juez de lo civil. En cambio, la LOGJCC y la Constitución regulan una fórmula aún más amplia, la de posibilitar que toda jueza o juez sean competentes para conocer estas acciones. Adicionalmente, la Lotaip señala que la LOGJCC es norma supletoria, más aún la misma LOGJCC, en cuanto al aspecto específico del juez competente, señala que se estará a lo que esta misma ley señale, es decir a toda jueza o juez. Como vemos, este conflicto sobre el juez competente es aparente, y aún así la Lotaip y la LOGJCC mantengan

esa contradicción, la Constitución deberá prevalecer, tanto por la jerarquía que esta ostenta cuanto por ser esta la que dota de mayor protección a los ciudadanos, ampliando el grupo de autoridades competentes.

En definitiva, podemos concluir que pese a que la Lotaip señala que los jueces de lo civil son los jueces competentes para conocer sobre las acciones de acceso a la información pública, no es menos cierto también que la Constitución no restringe las posibilidades en razón de la materia de aquellos jueces que conozcan sobre las garantías jurisdiccionales. Por tanto, la LOGJCC y la Constitución en sus contenidos son más garantistas, sin olvidar además que la disposición derogatoria señala expresamente que se consideran vigentes aquellas normas que no contravengan a la Constitución. Así, entonces, no puede ser sustento alguno que en base a la materia un juez —que no sea civil— pueda inhibirse de conocer este tipo de acciones.

La apelación

El artículo 22 de la LOTAIP faculta a que se pueda apelar de las resoluciones obtenidas del juez de primera instancia, sin embargo, dice la norma que esta apelación podrá ser presentada ante la Corte Constitucional para que confirme o revoque la resolución apelada.

Obviamente esta norma resulta incompatible con la naturaleza misma de las garantías jurisdiccionales, entre ella la acción de acceso a la información pública, toda vez que la norma suprema no incluye como facultades de la Corte Constitucional conocer y resolver las apelaciones de estos mecanismos de protección de derechos, más aún cuando el rol fundamental de la Corte es esencialmente de un control abstracto (salvo el caso de la acción extraordinaria de protección) al contrario de lo que sucede con las garantías jurisdiccionales que se caracterizan acciones de naturaleza reparatoria.

La función de la Corte Constitucional, cuando de garantías jurisdiccionales se trata, conforme a la misma Constitución (artículo 436, numeral 6) no es otra sino la de “[e]xpedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales...”; conforme a ello, la LOGJCC ha señalado que:

“Art. 24.- Las partes podrán apelar en la misma audiencia o hasta tres días hábiles después de haber sido notificadas por escrito. La apelación será conocida por la *Corte Provincial...*”; asimismo, el artículo 25, numeral 1 de la misma ley señala que “[t]odas las sentencias ejecutoriadas de garantías jurisdiccionales serán remitidas [...] a la Corte Constitucional, *para su conocimiento y eventual selección y revisión* (énfasis añadido).

Por tanto, el conocimiento y revisión que la Corte Constitucional lleve a cabo respecto de una garantía jurisdiccional no es como consecuencia de una apelación presentada por las partes en el caso en concreto, es decir, no se trata de un recurso dentro del mismo proceso, pues la función de la Corte Constitucional no es otra sino la de seleccionar y revisar para sentar *vía* jurisprudencial, un precedente. Es decir, no se confiere la facultad de decidir sobre los hechos concretos de estas acciones.

7.1.5. Compatibilidad de la acción de protección y la acción de acceso a la información

El mismo artículo 22 de la Lotaip señala que el recurso de acceso a la información pública procederá “sin perjuicio de la acción de amparo constitucional”. El contenido de esta disposición normativa nos conduce a preguntar si el “recurso de acceso a la información pública” contenido en la Lotaip está concebido como un mero proceso judicial o si por el contrario el mismo es equivalente a la acción de acceso a la información pública contenida en el artículo 91 de la Constitución. Este cuestionamiento surge del artículo 22 de la Lotaip puesto que el mismo faculta a que tal “recurso” pueda ser interpuesto, sin perjuicio de que se presente un “amparo” hoy acción de protección (art. 88 de la Constitución). Es decir, la ley posibilita a que alternativa o complementariamente se pueda presentar la garantía jurisdiccional denominada acción de protección.

Si efectivamente ello fuera posible, es decir, acudir a ambos mecanismos de protección de los derechos, la norma resultaría incompatible con el artículo 39 de la LOGJCC, puesto que la misma señala que la acción de protección “tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, *que no estén amparados por las acciones de [...]* acceso

a la información pública...” (énfasis añadido). En definitiva, la LOGJCC, acertadamente anula la posibilidad de acudir a esta vía — acción de protección— cuando existe una vía idónea y especial: la acción de acceso a la información pública.

No obstante lo señalado hasta aquí, la duda respecto de cuál es la concepción jurídica que la Lotaip le da al recurso de acceso a la información, no queda enteramente despejada. Es por tanto preciso remitirse al contexto mismo de este recurso dentro de la Lotaip.

8. Bibliografía

- Alonso, Emelina *et al.* *Acceso a la información pública: manual para periodistas en Colombia*. Buenos Aires, Asociación por los Derechos Civiles, 2008. Internet. <http://www.periodismo-aip.org/images/documentos/adcaipmanualcolombia.pdf>. Acceso: 1 septiembre 2010).
- Armagnague, Juan F. *et al.* *Derecho a la información, habeas data e Internet*. Buenos Aires, Ediciones La Roca, 2002.
- Ávila Palacios, Ricardo. *Derecho a la información y jurisprudencia constitucional*. Colombia, Librería Edición del Profesional, 2005.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “El derecho de acceso a la información y los derechos humanos”. *Los derechos sociales: del acceso a la información a la justiciabilidad*. Coord. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007.
- Bauman, Sygmunt. *Vida de consumo*. Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Botero, Catalina. *Informe anual de la relatoría especial para la libertad de expresión 2009*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- Castells, Manuel. *La era de la información, vol. II: El poder de la identidad*. México, D.F., Siglo XXI Editores, 2001.
- _____. *La era de la información, vol. III, Fin de Milenio*. México, D.F., Siglo XXI Editores, 2001.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Declaración de Principios sobre libertad de expresión*. Octubre 2000.

- Escobar de la Serna, Luis Escobar. *Derechos de la información*. Madrid, Dykinson, 2004.
- Sentencia Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros. Sentencia del 19 septiembre 2006, serie C n.º 151.
- Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia n.º C-492/07 del 27 junio 2007.
- Sentencia del 11 febrero 2004. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Expediente 315/2004 Adm. Gral. Buenos Aires, Argentina. Internet. <http://www.villaverde.com.ar/archivos/File/investigacion/Amicus%20Curiaelac-1-2004-csjn.pdf>.
- Santos, Boaventura de Sousa. *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- Villanueva, Ernesto. “Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica”. Internet. www.bibliojuridica.org/libros/. Acceso: 31 agosto 2010.

La acción por incumplimiento: garantía de la seguridad jurídica

Johanna Romero Larco*

1. Introducción

El ensayo que ahora presentamos pretende introducir un debate en torno a las implicaciones de la acción por incumplimiento en la doctrina y práctica. Nuestro análisis no se circunscribe, sin embargo, en la descripción de los contenidos normativos, sino intenta ahondar en la naturaleza misma de esta acción, a fin de introducir al debate el problema de la eficacia sociológica del ordenamiento jurídico.

Este acercamiento da lugar además a una consideración sobre otros asuntos como: la identificación del derecho que se haya tutelado, la característica de subsidiariedad, el tipo de normas cuestionadas, los efectos de la sentencia, entre otros.

Por el abordaje que requiere esta acción, se ha dividido el análisis en dos partes. Una primera que introduce puntos relativos a la acción frente al cumplimiento de las *normas que forman parte del ordenamiento jurídico*. Y en segundo análisis el problema del cumplimiento de los *informes y sentencias de organismos internacionales de derechos humanos*.

La importancia del presente trabajo permitirá además lograr alguna precisión en las diferencias que esta acción —acción por incumplimiento— presenta frente a la *acción de incumplimiento de sentencias*, la cual, según se manifestó en su momento en este mismo libro, pretende al igual que la acción por cumplimiento, concretar la eficacia, ya no de las normas, sino de la propia justicia constitucional.

* Investigadora del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional - (CEDEC).

2. La acción por incumplimiento y el derecho tutelado

Partimos señalando que la acción por incumplimiento constituye una garantía jurisdiccional especial,¹ detrás de la cual debe hallarse protegido o precautelado un derecho constitucional. En este sentido, el artículo 93 de la Constitución señala que la acción por incumplimiento tiene como objeto, *garantizar la aplicación* de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico, así como de las sentencias e informes de organismos internacionales.

De la disposición constitucional referida, llaman la atención dos elementos. La norma constitucional se refiere al *cumplimiento* y la *aplicación* de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Lo que hace necesario referirse a los principios que regulan el ordenamiento jurídico, para comprender cuál es el derecho tutelado mediante esta acción.

2.1. La seguridad jurídica y el principio de legalidad

La doctrina española, cuando se refiere a los principios que regulan el ordenamiento jurídico, señala entre ellos al principio de seguridad jurídica como el más trascendental de todos,² pero a más de este existen otros referidos a:

- 1 Entiéndase por garantías jurisdiccionales a aquellos mecanismos por los cuales un tribunal más o menos independiente ejerce un control, a fin de, imponer medidas de reparación, ante la ausencia o el incumplimiento de una garantía primaria o secundaria de carácter político. Las garantías primarias son aquellas encomendadas a órganos de tipo legislativo y ejecutivo, cuyo objetivo consiste en especificar el contenido de los derechos, las obligaciones positivas y negativas que estos generan y los sujetos a los que obligan. La especificación de estos derechos puede traducirse ya sea a nivel constitucional, legal o reglamentario. Las garantías secundarias, por otro lado son aquellas que se configuran cuando aun existiendo garantías primarias, existe además una configuración defectuosa, una inaplicación o una aplicación arbitraria de las normas que contienen derechos (es decir las garantías primarias), pero que además da lugar a situaciones en la que la *eficacia* de los derechos se ve reducida. Las primeras garantías secundarias suponen la existencia de órganos administrativos o como lo denomina Pisarello, de un poder de policía administrativo, es decir aquellos órganos encargados de controlar el cumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias en materia de derechos. Ver Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid, Editorial Trotta, 2007, pp. 115-119.
- 2 Para el Tribunal Constitucional español, el principio de seguridad jurídica constituye una síntesis de todos estos en conjunto. (STC 27/81, caso Presupuestos Generales del Estado 1981), citado por Espín, Eduardo. "El sistema de fuentes en la Constitución". *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derecho y deberes de los ciudadanos*, vol. I. Luis López Guerra *et al.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

- I. la *estructura del ordenamiento jurídico*, como los principios de jerarquía y competencia;
- II. la *eficacia de las normas*, como de publicidad e irretroactividad, y;
- III. la *actuación de los poderes públicos*, como el de legalidad, responsabilidad y de proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos.³ Entre los principios referidos a la actuación de los poderes, nos interesa ahora por sus implicaciones y conexión con el principio de seguridad jurídica, el principio de legalidad.

El principio de seguridad jurídica si bien ha sido comprendido en su relación con los órganos judiciales como la posibilidad de prever la respuesta de estos en la resolución de las infracciones al ordenamiento jurídico, su verdadero contenido no se agota en el órgano judicial, sino que alcanza a todos los poderes públicos.

En este sentido, la seguridad jurídica es aquel principio por el cual el actuar de los poderes públicos debe contener y ostentar una regularidad o conformidad a derecho, de tal manera que se obtenga previsibilidad en la actuación, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. La previsibilidad, entonces, permite otorgar a los particulares cierto grado de certeza respecto del actuar del poder, es decir, permite tener cierta seguridad respecto del actuar de la autoridad en su sometimiento y cumplimiento a la ley.

Con relación al *principio de legalidad* se puede indicar que el mismo ha sido comprendido en dos sentidos. En un sentido *amplio* como principio de juridicidad, por el cual, toda actuación de autoridad pública debe estar sometida y amparada en derecho, es decir, no puede realizarse actividad alguna que esté al margen o en contra del derecho. En sentido *estricto*, el principio de legalidad se refiere a la relación entre ley y potestad reglamentaria que a su vez contiene dos subprincipios: supremacía y reserva.⁴

Por la conexión que pretendemos dar al principio de legalidad frente al principio de seguridad jurídica, nos centraremos en la concepción del principio de legalidad en sentido amplio.

3 Al respecto ver Eduardo Espín, *op. cit.*, pp. 64-77. En este punto el autor hace un desarrollo partiendo del análisis de la Constitución española, artículo 9, numeral 3; no obstante varios de estos principios son también recogidos en la Constitución ecuatoriana, artículos 11 y 82.

4 Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 2005, pp. 189-190.

El principio de legalidad o juridicidad, desde su formulación más clásica implicó el sometimiento de todos los poderes a la ley, de ahí que el principio de legalidad haya sido la plasmación del principio político del imperio y primacía de la ley, como la máxima expresión del soberano. No obstante, desde una perspectiva más contemporánea este sometimiento del poder se entiende además de la ley, a la Constitución, como norma superior de todo ordenamiento jurídico, en razón de la fuerza vinculante que esta adquiere, a partir del siglo XX.⁵

Las connotaciones del principio de legalidad por otra parte difieren desde el órgano al cual se trate. En este sentido, el principio de legalidad no opera de la misma forma frente al legislador,⁶ que frente al ejecutivo o judicial. Para estos últimos el principio de legalidad se traduce en el respeto irrestricto a todo lo dispuesto mediante ley por el legislador, en tanto que el sometimiento a la Constitución se logra a través de la mediatización que de esta haya realizado el legislador mediante la interpretación.⁷ Por tanto, este principio implica el sometimiento del poder a todo lo dispuesto en la ley —entendida como desarrollo de la Constitución—, tanto en la forma y procedimiento de actuación como en los objetivos de tal actuación.

Consecuentemente, en virtud del principio de legalidad y de seguridad jurídica, la existencia de normas en el ordenamiento jurídico que impongan una actuación del poder público, suponen para los particulares la certeza (seguridad jurídica) que tales normas se cumplan en el marco de la misma norma legal (principio de legalidad).

Por consiguiente, si entendemos que el objeto de la acción por incumplimiento es la *aplicación de las normas y su cumplimiento*, bajo los argumentos arriba expuestos, podemos concluir que el derecho tutelado ante esta acción es la seguridad jurídica y el principio de legalidad, siendo por ello una garantía especial.

5 Sobre la fuerza normativa de la Constitución ver Konrad Hesse. *Escritos de Derecho Constitucional*.

6 Según Eduardo Espín, el principio de legalidad frente al legislador tiene una posición peculiar, dado que es este mismo el que elabora la ley. Debería, señala Espín, implicar una suerte de principio de constitucionalidad, aunque ello no supone que debe apartarse de la ley, sino que su actuación se halla principalmente en la Constitución.

7 Eduardo Espín, *op. cit.*

3. Naturaleza jurídica de la acción por incumplimiento

La disposición constitucional contenida en el artículo 93 introduce dos conceptos aparentemente equivalentes: *aplicación* y *cumplimiento*. La distinción de estos dos supuestos son de gran importancia pues, como veremos más adelante, determinará cuándo existe o no sustitución de la justicia ordinaria mediante la justicia constitucional.

3.1. El cumplimiento de normas

El *cumplimiento* de las normas conduce a un análisis sobre el concepto de *eficacia*. Norberto Bobbio con respecto a las normas jurídicas distingue tres criterios de valoración: la validez, la justicia, y la *eficacia*.⁸ Sobre la eficacia de una norma, señala el autor, se evalúa el problema de si la norma es o no *cumplida* por las personas a quienes se dirige, ello en razón de que la mera vigencia o existencia de una norma no significa que implícitamente también sea constantemente cumplida.⁹

En ese mismo sentido, Prieto Sanchís señala que el asunto relativo al cumplimiento del ordenamiento jurídico y particularmente de las normas jurídicas por parte de los individuos está pensado desde el punto de vista de la eficacia de las normas, es decir, en tanto más se cumple una determinada norma, mayor eficacia esta contiene.

Pero además, dice Prieto Sanchís, el concepto de eficacia puede ser entendido de formas diversas según las ópticas o perspectivas que de esta se dé, ubicando entre ellas, una eficacia jurídica, una política y una sociológica.¹⁰

La perspectiva *jurídica* entiende a la eficacia de las normas desde los efectos jurídicos directos o inmediatos que está llamada a producir.¹¹ En una perspectiva *política*, entenderemos que la eficacia supone la satisfacción de los objetivos sociales o políticos para los cuales fueron establecidas las normas; y, desde una perspectiva política la eficacia tiene como eje

8 Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá, Temis, 3ª ed., 2007, pp. 20-27.

9 *Ibid.*, p. 22.

10 Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 2005, pp. 83-85.

11 Por ejemplo, los efectos jurídicos inmediatos que genera un testamento o un contrato.

principal los resultados sociales o políticos obtenidos por medio de las normas. Finalmente, la perspectiva *sociológica* implica “el grado de efectivo cumplimiento de las normas por parte de sus destinatarios”.¹²

En síntesis desde el análisis de Prieto Sanchís, la perspectiva jurídica obedece a los *efectos* inmediatos producidos por la norma; la perspectiva política responde a los *resultados* sociales que una norma ha ocasionado en su vigencia; finalmente, la perspectiva sociológica es aquella que se atiende al *cumplimiento* en sí mismo, que la norma ha generado por parte de sus destinatarios u obligados. Por eso, en razón de que nuestro interés se ubica en el momento del cumplimiento de la norma, desarrollaremos este análisis a partir de la perspectiva sociológica de la eficacia de las normas.

La perspectiva sociológica es aquella que Prieto Sanchís ha calificado como *eficacia por cumplimiento*, es decir, “[el] grado de cumplimiento o respeto por parte de quienes vienen obligados a realizar la conducta prescrita”.¹³ Desde esta perspectiva es factible formular un concepto de *eficacia como cumplimiento* en los siguientes términos. Una norma será eficaz, cuando los destinatarios ajusten su comportamiento a lo prescrito en la norma o al menos, cuando la norma contiene suficiente fuerza para imponer una consecuencia como reacción al incumplimiento.¹⁴

Contraria a esta noción de eficacia como cumplimiento se encuentra la *eficacia como resultado*, la cual obedecería a la perspectiva política, en tanto le interesa los resultados obtenidos, lo logrado por medio de una norma, y con ella la consecución del fin en ella inmerso. Es decir, si partimos del supuesto por el cual toda norma contiene un fin, el cual puede o no ser extraíble de la propia norma, la contribución que la norma dé hacia ese fin, determinará el grado de eficacia que ese fin alcance. En otras palabras, la eficacia como resultado estará medida en razón de la consecución del fin (plasmado generalmente en normas constitucionales, denominándolas *normas fin*) mediante las *normas instrumentales o intermedias*.

Para Prieto Sanchís, la eficacia en razón del cumplimiento es una situación eminentemente gradual, pues no se puede asumir que existen

12 Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 86.

13 *Ibid.*

14 *Ibid.*

normas que sean plena o absolutamente eficaces. También indica que no existen criterios claros respecto al tiempo y número de veces que se requiere que una norma sea cumplida para calificarla como eficaz, es decir, cómo se puede evaluar la eficacia de una norma a partir del cuestionamiento de cuantas veces es necesario que una norma se haya cumplido para determinar que es eficaz, o, luego de cuánto tiempo se puede calificar a una norma como eficaz.

Para Prieto Sanchís es preciso concatenar tanto la eficacia como cumplimiento cuanto la eficacia como resultado a fin de ubicar un criterio que posibilite el análisis de la eficacia de las normas. De tal enlace (eficacia como cumplimiento y como resultado) citando a Bobbio, el autor extrae 4 niveles de eficacia de las normas:

1. Normas que se cumplen de manera espontánea.
2. Normas obedecidas por temor a la sanción.
3. Normas incumplidas a pesar de la sanción.
4. Normas incumplidas pero que además no poseen sanción.

En un esquema así se ubican principalmente normas destinadas a los particulares, salvo las últimas dentro de las cuales podemos ubicar además aquellas normas cuyo destinatario lo constituyen los propios poderes públicos. Para Prieto Sanchís, en estos casos, los conceptos de eficacia como resultado y eficacia como cumplimiento se superponen, principalmente porque este tipo de normas son de rango constitucional, cuyos contenidos son principalmente prestacional y social,¹⁵ lo cual hace que para su materialización sean indispensables normas instrumentales, y en consecuencia la eficacia en este punto no solo depende del asunto externo es decir de la conducta del obligado por la norma, sino además del

15 En este punto es crucial el arduo e inacabado debate respecto de las normas constitucionales que se traducen en Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre los cuales las posturas doctrinales difieren desde concebirlas como meras normas programáticas hasta normas netamente justiciables. Si bien desde la perspectiva del estado constitucional de derechos recogido en la Constitución este debate posee una solución, en la práctica, tal hecho no es tan tajante, en tanto aún a pesar que la Constitución incorpora la obligación de no desconocer los derechos aduciendo falta de ley, extraer no solo la obligación sino principalmente una sanción o responsabilidad ante la desatención de tales normas supone un conflicto desde la postura de la eficacia de resultados y de cumplimiento de las normas, que no es de fácil solución.

desarrollo normativo (norma instrumental) que se elabora. Así lo indica Prieto Sanchís cuando señala:

La eficacia como obediencia, de [las] normas constitucionales requiere la existencia de normas de orden inferior, que sirvan de instrumento para la satisfacción de los objetivos establecidos en las primeras; esto es, sin eficacia instrumental o como resultado de las normas inferiores, no se alcanza la eficacia final o como cumplimiento de las superiores...¹⁶

Se puede comprender entonces por qué las normas cuyos destinatarios son los propios poderes públicos, son las normas que con mayor frecuencia padecen de un déficit de eficacia o cumplimiento. Son las normas que determinan una obligación para los particulares, las que por regla general frente a su incumplimiento tienen ya preestablecida y acarrea una sanción, no así las normas que obligan a las autoridades públicas, pues escasamente introducen mecanismos que exijan o obliguen su cumplimiento, pues requieren la promulgación de otras normas instrumentales que hagan realidad su deber ser. Cuando el incumplimiento proviene entonces del propio poder público, aún a pesar de que son normas constitucionales (con fuerza normativa) las que imponen las obligaciones, la exigencia de tales se torna dificultosa.¹⁷

Correlativamente, debemos entender que si la eficacia de las normas (constitucionales o legales) se ve afectada por el incumplimiento —en el caso que nos ocupa— de los poderes públicos, ello —como hemos dicho ya— da como resultado, una afectación en la seguridad jurídica.

Decimos lo anterior por cuanto entendemos que la seguridad jurídica supone la certeza por parte de los individuos, no solo de la vigencia o existencia empírica de normas previas, claras y públicas, sino además del cumplimiento de las normas vigentes por parte de todos aquellos obligados. Lo que Peces-Barba denomina la seguridad en el derecho, es decir, aquella que existe para obtener certeza, para saber a qué atenerse, para

16 Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 90.

17 Por consiguiente, el desarrollo normativo que de las normas fin (normas constitucionales) se pueda generar, no exime la posibilidad que las mismas no sean acatadas o cumplidas, lo cual determina la eficacia misma que una norma (fin o instrumental) pueda lograr. En definitiva, el incumplimiento de las normas ocasiona una debilidad en la eficacia de tales normas y a su vez una debilidad en la eficacia de los fines constitucionales.

evitar la arbitrariedad.¹⁸ Insistimos entonces que la seguridad no se agota en la mera promulgación de las normas legales, puesto que la seguridad jurídica se extiende hasta que la norma llega a cumplir los fines para los cuales fue creada.

A manera de recuento, entonces, podemos concluir que si la acción por incumplimiento procura el *cumplimiento* de las normas para con esta lograr la eficacia de las mismas, es entonces acertado deducir que precisamente la acción por incumplimiento supone la garantía específica que surge en razón de la protección del derecho a la seguridad jurídica.¹⁹

3.2. La aplicación de las normas

El segundo elemento que introduce el artículo 93 de la Constitución es la *aplicación*. Lorenzo Peña entiende a la aplicación como el “acercamiento de las normas —que es una regla— a la praxis ajustada a tal regla; ya sea directamente la ejecución de la regla, ya sea la elaboración de una regla intermedia por la cual se pase de la regla así aplicada a la praxis de ejecución”.²⁰ En tales casos, el acercamiento de la norma a la praxis se traduce en la observancia de dos pasos. Un primero que implica la concretización de una norma abstracta y general, es decir, trasladarla a situaciones jurídicas concretas, que es la tarea *interpretativa*; un segundo paso que es acarrear la realidad o el hecho a la situación jurídica concreta, es decir la *subsunción*.

La concretización y subsunción suponen, como nos daremos cuenta, un ejercicio propio de un juez o de quien posee una potestad jurisdiccional. Cuando una norma requiere la intervención de un juez o autoridad

18 Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, España, 1999, pp. 252-253.

19 Aunque para otros autores, el “derecho” que se protege a través de la acción por incumplimiento es de eficacia jurídica. Ver Ávila Santamaría, Ramiro. “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 98.

20 Peña, Lorenzo. “La obligación de aplicar las normas jurídicas vigentes”. *Revista Isogoría*, 35, julio-diciembre 2006, Instituto de Filosofía del CSIC.

competente debe este determinar si los hechos se subsumen al derecho, debiendo para ello elaborar un ejercicio de interpretación y subsunción, como por ejemplo las normas penales.

La aplicación y el cumplimiento, sin embargo, no son acciones dependientes, pues si bien la aplicación depende de quién declara la obligación de cumplir la norma, el cumplimiento mientras tanto corresponde a un nuevo sujeto que no ha intervenido activamente en el ejercicio de interpretación y subsunción. Cuando la norma demandada como incumplida no requiere la determinación de la obligación de cumplir por parte de una autoridad con potestad jurisdiccional, sino que de la misma norma se deriva la obligación inmediata (normas prescriptivas), hablamos que aplicación y cumplimiento no son dependientes, sino que el ejercicio de cumplimiento absorbe a la aplicación. Pues si entendemos por aplicación, el ejercicio de interpretación y subsunción, no puede pensarse que ello quede en última instancia en manos de quien la norma impone la obligación.

En conclusión, cuando se trata de normas cuya obligación está implícita en ella misma por lo que no requieren de una declaración judicial, la aplicación y el cumplimiento se dan en un solo acto, es decir, son coincidentes. Es en tal supuesto en el que corresponde hablar de normas cuyo incumplimiento pueden ocasionar la interposición de la acción por incumplimiento.

4. Tipo de normas incumplidas

El ordenamiento jurídico es abundante y prolijo en normas que impongan obligaciones a los particulares, así existen por ejemplo normas tributarias, de tránsito, laborales, civiles, aduaneras, etc. a las cuales se acompaña toda la institucionalidad pública para asegurar su cumplimiento, autoridades, medidas sancionatorias, normas procesales, infraestructura, etc. Cuando se trata de obligaciones dirigidas a una autoridad pública, escasamente se encuentra un aparataje tan fortalecido para asegurar el cumplimiento, salvo por ejemplo la jurisdicción contencioso-administrativa, o las propias instancias administrativas, en la cual los administrados debaten frente al Estado respecto de un asunto en particular. No

obstante, estas dos instancias (administrativa y contenciosa) caen en lo que mencionamos párrafos atrás, pues son situaciones en las que se trata de normas que requieren la intervención de una autoridad con potestad jurisdiccional, quien en tal caso determinará si la discrecionalidad de la administración encaja o no en la norma en cuestión.

No es en estos casos en los que la acción por incumplimiento de normas toma lugar, pues como se dijo, la determinación de la obligación y como tal del cumplimiento surge de la autoridad judicial en un ejercicio de interpretación-subsunción.

Como se puede observar es necesaria una precisión frente al tipo de normas ante las cuales nos encontramos cuando hablamos de una acción por incumplimiento. Lo que se ha dicho hasta aquí es que se trata de normas en cuyo contenido está implícita la obligación al destinatario. Desde la doctrina esta característica se atribuyen a los enunciados *prescriptivos* cuyo rasgo principal es precisamente la determinación de la eficacia o ineficacia de ellos, es decir, son normas que contienen obligaciones claras, expresas y exigibles; pero además, por el análisis señalado, son normas cuyos destinatarios son las autoridades públicas.

Si analizamos el fondo del asunto, encontraremos que este punto nos permitirá (aunque no siempre con precisión por las dificultades que este supone) franjear los alcances de la justicia constitucional ante la justicia ordinaria. Esto en razón de que aquellas normas cuyo cumplimiento depende de la determinación de la obligación mediante una decisión judicial, tienen precisamente las vías judiciales para instar a su cumplimiento, estas normas son las denominadas hipotéticas.

5. La protección de otros derechos

Si bien se dejó ya indicado que la seguridad jurídica es el principal derecho tutelado por la acción por incumplimiento, no es menos cierto también que sea posible además lograr la protección de otros derechos. Así, por ejemplo, si una norma legal obliga a un funcionario del Registro Civil a realizar el cambio de sexo en el documento de identidad a aquella persona que así lo solicitare y tal autoridad se rehusare a ello, esta incurriría en un incumplimiento de dicha norma, causando así inseguridad jurídica,

pero secundariamente, se incurre en la violación de un derecho, que en el ejemplo planteado puede ser el derecho a la identidad, a la no discriminación por razones de orientación sexual, entre otros.

En el caso planteado, la acción por incumplimiento exigirá a la autoridad renuente de primer plano el cumplimiento de la norma en cuestión. No obstante, mediante tal medida se logra además la protección del derecho que tras el incumplimiento se veía vulnerado. Por tanto, no es posible descartar la protección de otros derechos fundamentales, aunque sea de manera accesoria por medio de una acción por incumplimiento, pues su consecuencia inmediata no es ajena a la protección de otros derechos. Negar lo anterior, contravendría la propia naturaleza de cualquier garantía constitucional.²¹

Esta tesis, sin embargo, no es contraria a lo dispuesto en el artículo 56 de la LOGJCC que dispone:

La acción por incumplimiento no procede en los siguientes casos:

1. Si la acción es interpuesta para proteger derechos que puedan ser garantizados mediante otra garantía jurisdiccional.

La norma legal no elimina la posibilidad de proteger derechos mediante esta acción, sino que se refiere a una limitación o causal que restringe la interposición de esta garantía. Es decir, si la pretensión de quien interpone esta acción es primordialmente tutelar un derecho constitucional vulnerado, mas no el cumplimiento de una norma, entonces tal acción no tiene cabida, pues estaría dando como resultado un choque entre acciones (acción de protección-acción por incumplimiento, desde el ejemplo propuesto). Ello, sin embargo, como hemos indicado no significa que no

21 Para Claudia Escobar, sin embargo esto no es así, en tanto señala que: “La incorporación de este nuevo mecanismo resulta realmente necesario, pues en muchas ocasiones existen omisiones en el cumplimiento de las normas jurídicas que no pueden ser traducidas en términos de violación de derechos constitucionales, y que, por consiguiente, no pueden ser resueltas a través de las acciones tradicionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data, ni a través de las acciones del derecho ordinario”. Ver Escobar, Claudia. “Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional”. *La Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 347.

exista protección de —otros— derechos, pero su cometido principal no está en ello, aunque se produjera de manera accesoria.

Lo anterior, como veremos más adelante, permitirá comprender con mayor claridad cuál es el efecto de la sentencia en una acción por incumplimiento, que como su nombre lo indica lo que busca es asegurar u obligar el cumplimiento de una norma legal, como una manifestación de la tutela al derecho de seguridad jurídica.

6. La subsidiariedad de la acción por incumplimiento

Como se indicó, la distinción aplicación-cumplimiento y la identificación del tipo de normas a las cuales se refiere la acción por incumplimiento, permite tener una guía para delimitar el campo de intervención de la acción por incumplimiento ante la justicia ordinaria, es decir, ofrece algunos elementos para analizar el principio de subsidiariedad que respalda la acción por incumplimiento.

La acción por incumplimiento, de la misma forma como sucede con la acción de protección, es también una acción no sustitutiva, es decir, de primera mano esta no se activa cuando existen vías ordinarias que persigan el mismo fin —exigir el cumplimiento de una obligación—, sino solo cuando las vías ordinarias no cumplan debidamente su cometido o en su defecto cuando no existan tales.²²

El principio de subsidiariedad en el marco del derecho internacional de los derechos humanos de donde emana, supone que, no obstante la existencia de formas y procedimientos internacionales, a los Estados les corresponde en primera instancia respetar y hacer respetar los derechos en su jurisdicción, de tal forma que cuando estos no han brindado una protección adecuada o efectiva, la jurisdicción internacional toma lugar.²³

22 En este último supuesto, es decir, cuando no existe una vía ordinaria, no podemos referirnos a subsidiariedad, pues tal connotación implica que necesariamente la existencia de una vía principal, solo así una acción puede ser subsidiaria. De no existir vía ordinaria, la vía constitucional se torna principal.

23 Véase Del Toro Huerta, Mauricio Iván. “El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con especial referencia al sistema interamericano”. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. Coord. Manuel Becerra Ramírez. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica n.º 403. Internet. <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2496>. Acceso: 2 mayo 2011.

Lo anterior, como se observa, está referido a la jurisdicción internacional, traducirlo al ámbito de la justicia constitucional implicaría algunas consideraciones. No obstante la existencia de vías constitucionales instauradas para precautelar los derechos, es en primera instancia obligación de la justicia ordinaria proteger los derechos de las personas, debiendo ser además estas vías eficaces para lograr el cumplimiento y tutela de los derechos. En tanto estas vías existan y sean eficaces, la activación de la justicia constitucional no procede pues la misma no es sustitutiva, de tal forma que, solo si estos presupuestos (existencia y eficacia) no se cumplen, es posible acudir a la justicia constitucional.

En este orden de ideas, podemos inferir que el principio de subsidiariedad, es decir la posibilidad que la justicia constitucional intervenga en sustitución de las vías ordinarias, introduce dos aristas. Por un lado tenemos un supuesto que denominaremos de *origen*, en el cual las vías ordinarias encargadas de precautelar el hecho o situación existen, y como tal la vía constitucional no opera. En este caso, hablamos que la justicia constitucional —o la acción por incumplimiento en lo que ahora nos compete— es *no subsidiaria*, en tanto no sustituye una vía existente.

Bajo ese supuesto, un sector de la doctrina ecuatoriana se refiere como *no subsidiariedad* a la prohibición de utilizar la garantía constitucional en sustitución de la vía ordinaria para obtener el mismo resultado que esta última. Se añade además, en virtud de ello, que el principio de no subsidiariedad encuentra su naturaleza jurídica en la ilegitimidad del fraude normativo; es decir, la utilización de una norma de cobertura, que en el caso que nos ocupa, será una garantía jurisdiccional para obtener una finalidad, sustituyendo el mecanismo ordinario establecido en el ordenamiento jurídico.²⁴

El segundo supuesto del principio de subsidiariedad es precisamente aquel en el cual se da paso a la acción de la justicia constitucional; a este momento lo denominaremos *sobreviviente*. En este caso, la justicia constitucional puede intervenir aun cuando existiere la vía ordinaria, en tanto la misma no es eficaz o es menos protectora.

24 Guerrero, Juan Francisco. *Glosario de Términos para el Tesoro de la Corte Constitucional*, documento inédito (por cortesía del autor). Sin embargo, es preciso en este punto atender a la eficacia que una u otra vía puedan producir, y el asunto temporal. Por consiguiente, el aspecto temporal y de eficacia son determinantes en la viabilidad de una u otra vía.

A ese segundo momento se refiere Paolo Carozza cuando analiza la subsidiariedad de los mecanismos internacionales protectores de derechos humanos. Carozza señala que la subsidiariedad es aplicable “ahí donde no puede decirse que una comunidad [un país] sea capaz de alcanzar sus objetivos comunes de manera autosuficiente y existe una comunidad mayor [comunidad internacional]”,²⁵ que puede hacerlos. Para el momento de *origen* este presupuesto se transformaría en lo opuesto, es decir, cuando una comunidad política es capaz de ser una comunidad completa y perfecta, alcanzando la suma total de sus necesidades, no hay razón de un *subsidium* de ninguna otra comunidad por lo que no es aplicable la idea de subsidiariedad, siendo más bien *no* subsidiario.²⁶

Para concluir sobre este asunto es necesario tener presente que al igual que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, en el ámbito constitucional el principio de subsidiariedad supone la existencia de diferentes niveles de organización, los cuales mantienen finalidades comunes aunque no idénticas pero cuya cooperación se suscita imprescindible. Aunque una y otra mantienen sus propias competencias y características los límites de la una frente a la otra no son claros. Precisamente Callewaert en una idea semejante expresa que “la idea de subsidiariedad responde a una lógica de distribución de tareas complementarias pero distintas, no equiparables ni intercambiables.”²⁷

Bajo este análisis nos remitimos ahora a las regulaciones de la LOGJCC, cuyo artículo 56, numeral 3 señala expresamente con respecto a las causales de inadmisión lo siguiente: “Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma [...] salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante.”

La norma transcrita introduce dos posibilidades: i) que exista un mecanismo en la vía ordinaria que imponga u obligue el cumplimiento de normas legales por parte de los poderes públicos cuando el mismo se rehusare a cumplirla, en cuyo caso no procede la acción; y, ii) que existiendo un mecanismo judicial su inadmisión provoque mayor perjuicio al

25 Citado por Mauricio Iván Toro Huerta, *op. cit.*, p. 25.

26 *Ibíd.*, pp. 25-26.

27 *Ibíd.*, p. 25.

accionante. Podemos añadir que, si bien no expresamente, la disposición legal introduce aquel supuesto en el que precisamente no existe una vía ordinaria, sin embargo como se indicó con anterioridad, ante tal supuesto, no es dable referirse a la Acción como subsidiaria pues la misma no tiene una principal a la cual “sustituir”, en tal caso la acción se configura como principal.

Tomando en cuenta el artículo 56, numeral 3 de la LOGJCC, la única situación en la que se justifica utilizar la acción por incumplimiento existiendo una vía judicial, es cuando la inadmisión constitucional podría causar un perjuicio grave e inminente al accionante; cabe preguntarse ¿en qué casos se produciría tal perjuicio? Todo indica que el único caso sería cuando la vía judicial es ineficaz o menos protectora que la constitucional. De ahí que, de manera genérica, en la doctrina se hable que la justicia constitucional en materia de garantías jurisdiccionales es subsidiaria; es decir, interviene solo cuando las vías ordinarias no han cumplido su cometido.

Con esta breve aclaración resta ahora dejar sentado lo siguiente. La acción por incumplimiento no es subsidiaria en tanto existe una vía ordinaria encargada de conocer sobre el incumplimiento de una norma legal. No obstante será esta la acción principal —la acción por incumplimiento— cuando no exista mecanismo alguno por el cual una persona pueda demandar el incumplimiento de una norma legal que introduce una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible.

7. La acción por incumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales

En razón de que la acción por incumplimiento está enmarcada no solo para las normas que forman parte del ordenamiento jurídico interno, sino además de los informes y sentencias de los organismos internacionales de derechos humanos que contengan asimismo una obligación de hacer o no hacer clara expresa y exigible, es importante hacer un acercamiento a lo que esta acción supone frente a estos informes y sentencias.

Sobre esto es importante tener claro que los organismos internacionales de derechos humanos a los cuales la disposición constitucional hace

referencia pueden ser en dos esferas, una universal, como el Tribunal Internacional de Justicia de la Haya, y una regional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En vista de la cercanía, importancia, influencia y sobre todo por el desarrollo jurisprudencial que el sistema interamericano de derechos humanos ha suscitado para América Latina y particularmente para Ecuador, elaboraremos este análisis restringiéndolo al sistema regional.

El sistema interamericano posee básicamente dos vías por las cuales fragua la protección de los derechos humanos. Una de ellas es la del análisis y tramitación de casos individuales, y otra, a través de los informes sobre países, siendo estos últimos los que mayor importancia radiquen, esto en razón de que los casos individuales no son sino representaciones de algunos aspectos de cuadros más grandes, visibles solo por intermedio de los *informes país* que sí apuntan a la médula del problema.²⁸

Si retomamos el asunto planteado en un inicio, es decir que la acción por incumplimiento persigue la eficacia sobre todo sociológica del ordenamiento, es preciso asimismo en el tema de los informes y sentencias de organismo internacionales remitirnos a esta situación. El asunto de la eficacia en el sistema interamericano aunque resulte extraño pensarlo padece de debilidades. Ello en un primer momento puede obedecer a que, distinto a lo que ocurre en el sistema europeo de protección de derechos humanos que posee un Comité de Ministros encargado de hacer el seguimiento del cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Europeo y que de hecho cumple con tal función, en el sistema interamericano, tal instancia que está en manos de la Asamblea General y el Consejo Permanente, no ejerce tales funciones.²⁹ Pese a que los fallos de la Corte Interamericana resultan vinculantes para los Estados miembros, y que el artículo 65 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación de la Corte de poner en conocimiento de la Asamblea General de la Organización sobre el incumplimiento de sus decisiones por parte de los estados los hechos denotan dificultades.

28 González, Felipe. "Informes sobre países, protección y promoción". *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Juan Méndez y Francisco Cox. Costa Rica, IIDH, 1999, pp. 493-513.

29 *Ibíd.*, p. 507.

Felipe González refiriéndose a lo anterior señala:

Generalmente el Presidente de la Corte, en una intervención leída, entre muchas otras materias da cuenta de las situaciones de incumplimiento sin poner énfasis en ellas y sin formular recomendaciones al respecto, según lo dispone la convención. Salvo contadas excepciones, en sus intervenciones a continuación de este informe, los representantes de los estados no se refieren a los problemas de incumplimiento. Si ésta es la suerte que corren los fallos de la Corte ante los órganos políticos puede imaginarse uno cuál es el destino de la mayoría de las resoluciones de la omisión en los órganos políticos.³⁰

Si bien —señala el autor— esta es la situación frente a los casos individuales, con respecto de los informes sobre países la situación no difiere en mayor medida. Sobre estos, la Asamblea General de la OEA aprueba de manera global los informes presentados, sin lograr adoptar medidas específicas para que el Estado aplique las recomendaciones incluidas en los informes, el asunto se limita a un intercambio de puntos de vista entre el estado y la CIDH.³¹

Lo señalado por el autor brinda quizás un primer y elemental argumento para comprender la razón de ser de la acción por incumplimiento respecto de los informes y sentencias de organismos internacionales. En conclusión, no es sino —nuevamente— la ineficacia lo que genera la activación de la acción que ahora tratamos para rebasar estas dificultades y ocasionar la protección de derechos que esta persigue, imponiendo a quienes corresponda el cumplimiento de las obligaciones a estos impuestos.

Si bien este acercamiento lo hacemos en razón de las sentencias e informes que los organismos internacionales dicten imponiendo obligaciones al Estado ecuatoriano (incluso a particulares), de ahí precisamente la necesidad de imponer el cumplimiento de tales obligaciones. La pregunta ahora es ¿qué pasa con aquellas sentencias e informes de los organismos internacionales en las que el obligado no es, ni el Estado ecuatoriano o un ciudadano ecuatoriano? Este asunto no es de aquellos que

30 Felipe González, *op. cit.*, pp. 507-508.

31 *Ibid.*, p. 508.

corresponde analizarlo en una acción por incumplimiento, sino en el denominado control de convencionalidad.³²

8. Causales de inadmisión

El artículo 56 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece cuatro causales que determinen la inadmisión de esta acción:

1. Si la acción es interpuesta para proteger derechos que puedan ser garantizados mediante otra garantía jurisdiccional.
2. Si se trata de omisiones de mandatos constitucionales.
3. Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante.
4. Si no se cumplen los requisitos de la demanda.

8.1. La protección de otros derechos. Como vimos en un inicio, la acción por incumplimiento es la garantía que tutela del derecho a la seguridad jurídica (y el principio de legalidad), sin embargo, como se señaló en el acápite V, la protección de otros derechos, diferente al de seguridad jurídica es consecuente o accesorio. La causal del artículo 56 apunta a evitar el conflicto entre aquellas garantías que han sido instituidas para proteger determinados derechos (hábeas corpus, derecho de libertad; hábeas data, derecho a la intimidad; acceso a la información pública, del derecho a la información, etc.) incluso para evitar el choque con la propia acción de protección que constituye una garantía que protege todos aquellos derechos que no poseen una garantía específica. La acción por incumplimiento

32 El control de convencionalidad implica el control que los órganos competentes (sean jueces ordinarios, jueces especializados, o el propio órgano internacionales, según sea el caso) examinan que los actos de los Estados vayan acordes a la Convención Americana de Derechos Humanos. Sobre el control de convencionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el transcurso de los años ha ido reformando constantemente su posición, en los casos, *Almonacid Arellano vs. Chile*, *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, y el reciente caso *Gelman vs. Uruguay*. Al respecto ver Pedro Sagüés, Nestor. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad". *Revista de Estudios Constitucionales*, 8. 1 (2010): 117-136.

como se ha anotado es una garantía específica que tutela el derecho a la seguridad jurídica.

La restricción contenida en el numeral 1 del artículo 56 de la LOGJCC prevé que mediante una acción por incumplimiento los accionantes no busquen la reparación de un derecho, pues eso corresponde a las demás garantías. Esta acción prevé la eficacia del ordenamiento jurídico cuando el mismo está siendo incumplido, por lo que si el objeto — como lo indica la misma Constitución (art. 93)— es garantizar la aplicación de las normas que integran el ordenamiento jurídico y las sentencias e informes de organismo internacionales, este debe ser el resultado de la acción cuando se constate ello.

8.2. Omisiones de mandatos constitucionales. Sobre este asunto se avizoran dos posibilidades. Que la norma se refiera únicamente a la inconstitucionalidad por omisión, es decir, el no acatamiento en el que ha incurrido una autoridad con potestad legislativa de elaborar la normativa que la Constitución le ha ordenado. Ejemplo de ello es por ejemplo la Disposición Transitoria primera que ordena a la Asamblea Nacional el desarrollo de once leyes en el transcurso de 360 días. Esta primera posibilidad se refiere por consiguiente solo a disposiciones constitucionales que establezcan la obligación de elaborar normas. La segunda posibilidad es que la inadmisión sea también frente a cualquier otra disposición constitucional, cuya obligación no solo sea la de un desarrollo normativo, sino una obligación concreta, como por ejemplo la obligación del Presidente de la República de notificar con los Estados de excepción decretados a la Asamblea Nacional y a la Corte Constitucional (art. 166), o la obligación de la Asamblea Nacional de Posesionar al Presidente o Presidenta de la República, su binomio el veinte y cuatro de mayo del año de su elección (art. 120, numeral 1), o la obligación de quien integre el Consejo de la Judicatura de haber ejercido la profesión o docencia universitaria en derecho por un lapso mínimo de diez años (art. 180, numeral 3).

Lo que consideramos en todo caso es que la causal de inadmisión recogida en la LOGJCC, habla de omisiones a mandatos, mas no de omisiones legislativas o normativas, por lo que se podría interpretar que la norma introduce ambas posibilidades. Este asunto nos puede conducir, sin embargo, a la discusión en torno a la estructura de las normas

constitucionales, que como se ha dicho tan reiterativamente son normas abiertas, principalmente principios que bien pueden traducirse en *directrices*, es decir, mandatos de optimización que por su propia estructura carecen de condición de aplicación y consecuencia, o pueden ser además *normas de acción*, pero que en todo caso son también genéricamente determinadas. En tal sentido la determinación del cumplimiento o incumplimiento —mediante una acción por incumplimiento— no resulta sencillo concluir.³³

8.3. La existencia de otro mecanismo judicial. Igualmente este asunto ha sido ya analizado en el acápite VI en lo referente a la subsidiariedad de la acción. Resta solamente decir que la situación que refiere la norma en cuanto señala que la acción se puede admitir “en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente”, por ser la excepción a la regla de no subsidiariedad de la acción, debería ser un asunto cuya carga probatoria le corresponde a quien interpone la acción. La causal analizada es coincidente con lo establecido en el artículo 436, numeral 5 de la Constitución ecuatoriana al señalar la acción procede cuando “no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias”, lo cual es lógico suponer pues la justicia constitucional no es sustitutiva de la justicia ordinaria.

8.4. El no cumplimiento de los requisitos para presentar la demanda. Para esto debemos conducir la atención al artículo 55 de la misma ley la cual establece como requisitos de la demanda los siguientes:

- Nombre completo de la persona accionante.
- Determinación de la norma, sentencia o informe del que solicita su cumplimiento, con señalamiento de la obligación clara, expresa y exigible que se requiere cumplir.
- Identificación de la persona, natural o jurídica, pública o privada de quien se exige el cumplimiento.
- Prueba del reclamo previo.

33 Sobre este particular ver el artículo de Juan Francisco Guerrero del Pozo, “Aproximación al Control Abstracto en el Ecuador. La acción de inconstitucionalidad”, *op. cit.*

- Declaración de no haber presentado otra demanda en contra de las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones y con la misma pretensión.
- Lugar en el que se ha de notificar a la persona requerida.

9. El reclamo previo

El artículo 54 de la LOGJCC señala:

Con el propósito de que se configure el incumplimiento, la persona accionante previamente reclamará el cumplimiento de la obligación a quien deba satisfacerla. Si se mantuviera el incumplimiento o la autoridad pública o persona particular no contestare el reclamo en el término de cuarenta días, se considerará configurado el incumplimiento.

La disposición transcrita genera varios cuestionamientos sobre las contradicciones en ella contenidas. La ley introduce un requisito previo que contraviene la propia Constitución³⁴ la naturaleza misma de cualquier garantía jurisdiccional. La acción por incumplimiento como cualquier garantía constitucional supone un mecanismo o instrumento eficaz y directo de protección de derechos constitucionales —seguridad jurídica en este caso—, de tal forma que un requisito como el contenido en la ley, torna a la acción en un recurso más dentro de un proceso administrativo, en el sentido en que requiere el agotamiento de una instancia previa como es la administrativa.

Es así mismo contradictorio que la norma determine que solo realizado el reclamo y transcurrido el tiempo³⁵ —40 días— el incumplimiento se *configura*, esto por cuanto el incumplimiento en sí mismo ya se ha producido, sin necesidad de que el administrado o accionante haya presentado el requerimiento previo o que hayan transcurrido el tiempo.

Como se indicó, la disposición legal contraviene la propia Constitución, aunque aparentemente con el objetivo de evitar acciones

34 Artículo 86, numeral 2, literal e: “No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho”.

35 Sobre este punto se produce una situación problemática frente al silencio administrativo.

no justificadas. Lo que la ley está produciendo con ello es que, ante una garantía jurisdiccional se invierta la carga de la prueba sobre el afectado. Esto nuevamente contraviene la Constitución (art. 86, numeral 3) que reconoce que “[s]e presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información”, por tanto, es responsabilidad del obligado probar el cumplimiento, en el proceso mismo de la acción.

La ley anticipa un asunto que debe corresponder resolver al órgano constitucional en la audiencia establecida. Resulta absurdo pensar que la propia norma establezca que se *configura el incumplimiento*, cuando — luego de presentado el requerimiento— se mantenga el incumplimiento o se contesta luego del tiempo establecido.³⁶ De ser ello cierto, el conocimiento de la acción por parte de la Corte Constitucional no será sino la determinación directa de la obligación y sanción al obligado por la normas, mas no un análisis en sí mismo de los hechos y la norma demandada incumplida, pues la misma norma lo indica *el incumplimiento está ya configurado*. ¿Para qué entonces una audiencia, si ya se ha configurado conforme a ley algo? La Corte quedaría por consiguiente impedida de análisis alguno en razón de un requerimiento previo.

10. Los efectos de la sentencia en la acción por incumplimiento

Es necesario además señalar cuáles son los efectos de una sentencia en una acción por incumplimiento, para lo cual necesitamos hacer un breve recuento de lo visto hasta aquí.

Se ha dicho que la acción por incumplimiento supone una garantía cuyo propósito es la tutela del derecho a la seguridad jurídica, expresada en la eficacia del ordenamiento jurídico. En tal virtud, quien interpone la

36 A manera de comparación, resulta curioso observar que a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en la acción de acceso a la información pública en la que la Constitución no se refiere solo al no otorgamiento de la información o el otorgamiento fuera de plazo, sino además al otorgamiento de información no fidedigna o incompleta. La acción por incumplimiento no recoge la posibilidad de un cumplimiento parcial, de tal forma que la administración ante el requerimiento previo puede dar un cumplimiento parcial y con ello cumplir aparentemente con el requerimiento. Esto, sin embargo, ha sido un asunto ya analizado por la Corte Constitucional en varias de sus sentencias en las que introduce como incumplimiento, cuando ha sido parcial.

acción busca como tal el cumplimiento de aquello que inicialmente la autoridad pública ha sido renuente a cumplir.

En este entendido, la sentencia de una acción por incumplimiento deberá en definitiva en primer lugar determinar si ha existido o no incumplimiento de la norma, o de sentencia o informe de un organismo internacional. De constatar la Corte Constitucional el incumplimiento como una forma de dar efectividad a la garantía activada, debe ordenar su cumplimiento, y de ser el caso además imponer o determinar las sanciones correspondientes a la autoridad, ello incluso bajo las prevenciones de destitución establecidas en el artículo 86, numeral 4. Por tanto, hay una medida específica que se debe adoptar indiscutiblemente en una acción por incumplimiento.

Es precisa esta aclaración a fin de ubicar la diferencia de lo que resulta presentar cualquiera de las demás acciones recogidas por nuestro ordenamiento (acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, etc.) que buscan ante todo la reparación del daño causado, siendo facultativo de cada juez adoptar las medidas reparatorias que según sea el caso considere indispensables.

11. Procedimiento

El procedimiento de la presente acción lo incluiremos a manera de flujo-grama a continuación.



12. La acción *por* incumplimiento y la acción *de* incumplimiento

Ha sido muy común observar que el foro jurídico ecuatoriano tienda a confundir las “acciones” de incumplimiento y por incumplimiento. La acción *por* incumplimiento de normas como hemos visto es una acción que ha sido recogida en otras latitudes como Perú y Colombia, bajo la denominación *acción de incumplimiento* (y quizá por ello su confusión). No corresponde a estas alturas ahondar sobre las implicaciones pues ya la hemos analizado con profundidad en todo este trabajo. Es ahora importante marcar las diferencias de esta acción frente a la acción³⁷ de incumplimiento.³⁸ Esta última en primer lugar no constituye una acción como tal, sino una atribución o facultad exclusiva de la Corte Constitucional, de ahí precisamente que la misma no se encuentre desarrollada en el capítulo tercero sobre Garantías Jurisdiccionales, del título tercero de la Constitución, sino únicamente en el artículo 436, numeral 9 en las facultades de la Corte Constitucional (aunque la LOGJCC la califique como acción).

Si bien es cierto la acción por incumplimiento y la acción de incumplimiento guardan relación en torno a la búsqueda de la eficacia, la diferencia está en que la primera es una eficacia frente a las normas que integran el ordenamiento jurídico, así como de las sentencias e informes de organismos internacionales, y la segunda frente a la eficacia de la propia justicia constitucional.

La pregunta a la cual no encontramos una respuesta adecuada es ¿por qué el constituyente no fusionó estas dos en una sola, si quien la resuelve es siempre la Corte Constitucional? Una respuesta es quizá por la naturaleza posiblemente oficiosa que la acción de incumplimiento de sentencias puede generar. Sin embargo, como dijimos, no es un asunto ya resuelto.

37 El calificativo de *acción* viene dado en la LOGJCC, no así en la Constitución.

38 Sobre la acción de incumplimiento de sentencias, ver en este libro Uribe Terán, Daniel. “Cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales”.

13. Bibliografía

- Ávila Santamaría, Ramiro. “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría et al. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá, Temis, 3ª ed., 2007.
- Del Toro Huerta, Mauricio Iván. “El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con especial referencia al sistema interamericano”. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. Coord. Manuel Becerra Ramírez. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica n.º 403. Internet. <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2496>. Acceso: 2 mayo 2011.
- Escobar, Claudia. “Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional”. *La Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Espín, Eduardo. “El sistema de fuentes en la Constitución”. *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derecho y deberes de los ciudadanos*, vol. I. Luis López Guerra et al. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- González, Felipe. “Informes sobre países, protección y promoción”. *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Juan Méndez y Francisco Cox. Costa Rica, IIDH, 1999.
- Guerrero del Pozo, Juan Francisco. “Aproximación al control abstracto en el Ecuador. La acción de inconstitucionalidad”.
- _____. “Glosario de Términos para el Tesauro de la Corte Constitucional”, documento inédito (por cortesía del autor).
- Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Editorial Titant lo blanch, 1992.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

- Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. España, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, España, 1999.
- Peña, Lorenzo. “La obligación de aplicar las normas jurídicas vigentes”. *Revista Isogoria* (Quito), 35, Instituto de Filosofía del CSIC (julio-diciembre 2006).
- Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- Sagüés, Nestor Pedro. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. *Revista de Estudios constitucionales*, 8, 1 (2010).
- Uribe Terán, Daniel. “Cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales”. *Apuntes del derecho procesal: parte especial*, t. 2, vol. 2. Eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. Quito, CEDEC/Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

Cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales

Daniel Uribe Terán*

1. Introducción

Un Estado constitucional se caracteriza por contar con mecanismos claros de protección de los derechos contenidos en la Constitución, e igualmente con herramientas que permitan una gestión más proba respecto del cuidado y garantía de la supremacía constitucional; lo que implica también contar con instituciones que garanticen el cumplimiento y respeto de las decisiones adoptadas por los órganos pertenecientes a la justicia constitucional, decisiones que por su naturaleza responden a los principios de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución.

De esta manera, la Constitución del Ecuador, promulgada en octubre de 2008,¹ ha otorgado a la Corte Constitucional la competencia de verificar el cumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales al establecer en el numeral 9 del artículo 436 que la Corte Constitucional es competente para conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales. Asimismo, el artículo 86, numeral 4 del mismo cuerpo normativo establece de manera clara la posibilidad que tienen los jueces constitucionales de ordenar la destitución del cargo al servidor o servidora pública que no cumpla con lo dispuesto en las sentencias constitucionales emitidas por los órganos jurisdiccionales de Ecuador.

* Asistente administrativo de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

1 Constitución de la República del Ecuador. Registro oficial año II, n.º 449 del 20 octubre de 2008.

Esta aclaración resulta sumamente importante al momento de entender que las sentencias de carácter constitucional tienen como objeto garantizar la supremacía de la Constitución y, al mismo tiempo, generar contenidos a los derechos constitucionales por medio de su argumentación, por lo que el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales lleva consigo inmerso el irrespeto a la Constitución como fuente suprema del ordenamiento jurídico ecuatoriano y, peor aún, propende a evitar la construcción de un verdadero Estado constitucional de derechos y justicia.

El objetivo del presente ensayo es estudiar la competencia de la Corte Constitucional contenida en el numeral 9 del artículo 436 de la Constitución de la República en sus dos facetas, tanto como competencia privativa de la Corte Constitucional de verificar el cumplimiento de sus propias sentencias y dictámenes, como también la acción de incumplimiento de sentencias constitucionales como herramienta clave para dotar de efectividad a las garantías dispuestas por la Constitución de la República.

Asimismo, el cumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales tiene mayor protagonismo dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia, en el cual la Corte Constitucional es el máximo órgano con control y justicia constitucional, lo que implica que sus decisiones proveen de contenidos pragmáticos a los principios y derechos contenidos en la Constitución, por lo que su incumplimiento podría generar una paradójica ineficiencia e ineficacia de la propia Constitución, trayendo consigo el derrumbe del ordenamiento jurídico ecuatoriano al irrespetar a la Carta magna como fuente de aplicación directa en nuestro país, por lo que resulta necesario igualmente realizar un corto análisis sobre la relación que guardan los principios de eficiencia y eficacia del derecho respecto del cumplimiento de sentencias constitucionales, para culminar analizando los efectos jurídicos que puede traer el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales.

2. La relación entre la eficiencia y eficacia del derecho, respecto del cumplimiento de sentencias constitucionales

La supremacía constitucional guarda una relación simbiótica con los principios de eficacia y eficiencia del derecho, dos elementos que permiten legitimar no solo la producción legislativa, sino también todo el ordenamiento

jurídico del país e inclusive las relaciones sociales de una comunidad, al proponer elementos que garanticen el máximo bienestar de esta.²

La eficiencia del derecho, en países pertenecientes a la familia romano-canónica, donde prima la producción legislativa como fuente de derecho, ha sido entendida como el cumplimiento de los fines para los cuales ha sido propuesta una ley determinada; en otras palabras, es entendida como el resultado de la existencia de estructuras institucionales cuyo objetivo implica la observancia práctica de la norma.

En ese sentido, Manuel Atienza ha conceptualizado el principio de la racionalidad teleológica en la producción legislativa, por medio del cual se entiende que las normas que forman parte del ordenamiento jurídico nacional convocan al cumplimiento de las normas por la sociedad, lo que se traduce en la práctica de comportamientos sociales (eficiencia) que tienen como objeto mantener el orden social (eficacia).³

Cabe recordar que el derecho es una poderosa herramienta de transformación social en la búsqueda del beneficio colectivo, lo que implica que su eficiencia y eficacia estará dirigida justamente en la atención pública que reciba la vigencia de sus normas, lo que conlleva observar el verdadero cumplimiento de estas por la sociedad. Esto solo puede conseguirse cuando los fines que persigue no se desvanecen debido al desentendimiento de la realidad social en la que se aplican, sino que al contrario se fortalecen por las necesidades sociales que intentan solventar.⁴ La eficacia acarrea entonces la existencia de la práctica social que el derecho intenta impregnar en la realidad en la que se aplica, mientras la efectividad debe ser entendida como la existencia de estructuras sociales generadas con el objeto de acceder realmente a tales prácticas y así tutelar y garantizar a la Constitución como norma de aplicación directa y de transformación social.⁵

2 Calsamiglia, Albert. "Justicia, eficiencia y Derecho". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1 (1988): 307.

3 Atienza, Manuel. "Contribución para una teoría de la legislación". *Elementos de técnica legislativa*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 19-22.

4 Zorrilla Ruiz, Manuel. *Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del derecho*. Madrid, Editorial Dykinson, 2005, p. 280.

5 Manuel Zorrilla Ruiz, *op. cit.*, p. 282.

Pero qué relación guarda el cumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales con los principios de eficacia y eficiencia del derecho. Para responder a este interrogante, resulta necesario apartarnos por segundos del aspecto formal de la ley basada en los preceptos de la familia romano-canónica, y en cambio dirigir nuestra mirada a los fundamentos del *common law* para así otorgar una nueva consideración a la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho.

Habíamos dicho que el principio de supremacía constitucional guarda una relación simbiótica o interdependiente con los principios de eficacia y eficiencia del derecho, entendidos estos como la práctica social y los mecanismos que garanticen su aplicación en la realidad; de igual manera, la supremacía constitucional es el fundamento de un Estado constitucional, en el cual la Carta magna no es simplemente una carta política de buenas voluntades, al contrario se erige como principio fundador y fundamental del Estado.

La corriente del originalismo jurídico basa la validez y eficacia de la norma jurídica en aspectos puramente formales, para ellos, la norma es válida debido a que goza de legitimidad por su origen democrático; es decir, la norma es válida porque ha sido instituida “por el pueblo”, y es eficaz porque el pueblo debe aplicarla al provenir de su propio designio, “para el pueblo”; por lo que el originalismo advierte que la norma debe aplicarse de manera literal en caso de ser clara, caso contrario, debe dársele el contenido que quiso ser dado por sus formadores originales.

Lo dicho resulta sencillo siempre y cuando la norma en conflicto haya sido adoptada, por ejemplo, dentro un mismo período legislativo dando oportunidad de cuestionar directamente a los formadores de la norma. ¿Qué sucede, sin embargo, si dicho enunciado normativo ha sido establecido años atrás, o inclusive siglos atrás? Uno de los mayores problemas que halla el originalismo dentro del aspecto de la eficacia y eficiencia del derecho es justamente responder a esta pregunta, pues para ellos la norma jurídica debe ser estática e inamovible en el tiempo, creando un cierto estado de letargo del ordenamiento jurídico, por el cual no es la norma la que sirve al pueblo, sino que es el pueblo quien se somete a la norma.

Teóricamente el originalismo tiene razón, pues si es el pueblo quien en conjunto decide generar un contrato social al estilo roussoniano, es el pueblo quien se obliga por su propios designios y, por tal, se somete al

cumplimiento de sus decisiones; pero nace entonces una nueva pregunta: ¿De qué pueblo estamos hablando; podemos decir que el pueblo ecuatoriano del siglo XIX es igual al pueblo ecuatoriano del siglo XXI? La respuesta lógica sería no, de allí la necesidad de reformar la Constitución; sin embargo, no siempre es necesaria la reforma constitucional para garantizar la eficacia y eficiencia del ordenamiento jurídico nacional, el ejemplo estadounidense nos lo ha demostrado.

Thomas Jefferson observó que la Constitución debe ser una norma viva, que evolucione respecto del momento en que se aplique, produciéndose interpretaciones independientes respecto de una generación a otra, de allí que haya acuñado la célebre frase “(...) the earth belongs to the living”⁶ —la tierra pertenece a los vivos—, lo cual implica que el contenido de la Constitución varía respecto del contexto social, económico, político e inclusive tecnológico en la que se aplique, y de allí se fundamenta la eficacia y eficiencia social del derecho, ¿pero cómo lograr dicha evolución de la norma constitucional?

Para contestar esta nueva pregunta no debemos olvidar que la sociedad es histórica y como tal evoluciona de una generación a otra. Una de las principales características de esta noción es justamente la de concebir al ser humano como un ser cambiante en el tiempo, un ser que evoluciona dentro de su entorno, inclusive transformándolo. De allí que la teoría del *common law* observe una clara contradicción distendida entre el originalismo y el fin mismo del derecho.

La ley originalmente es concebida como una orden proveniente de una autoridad legitimada que somete el actuar de todas las personas en la sociedad, por lo que al momento de ser aplicada se analizan las palabras que la componen, las intenciones con la que fue adoptada y la visión que compartían los formadores de la ley; por este motivo, el originalismo acepta a la Constitución como una ley. Ahora, cuando analizamos la Constitución más allá de su texto, nos topamos con principios y valores que conforman nuestra sociedad, por lo que la Constitución deja de ser simplemente una orden y se convierte en el fundamento de la sociedad. Por eso el contenido de la Constitución no puede ser analizado como si

6 Jefferson, Thomas. “Carta escrita a James Madison en 1789”. Internet. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1cb2s23.html>. Acceso: 7 abril 2011.

se tratara de un texto autoritario, al contrario su contenido es el resultado proveniente de un proceso evolutivo; es el resultado de su aplicación por la jurisprudencia.⁷

Benjamín Cardozo, citado por David Strauss, lo interpreta en términos más sencillos al exponer que:

La razón final de la ley es el bienestar de la sociedad. La norma que pierde su objetivo permanentemente no puede justificar su existencia... [Pero] No quiero decir, por supuesto, que los jueces están facultados de prescindir de las normas existentes por placer o a favor de cualquier otro conjunto de normas que ellos establezcan como convenientes o adecuadas. Quiero decir que cuando ellos son llamados a decidir hasta qué punto una norma existente debe permanecer o ser restringida, ellos deben dejar que el bienestar de la sociedad fije el camino, la dirección y su distancia.⁸

Así, la jurisprudencia constitucional es la encargada de verificar la eficiencia, eficacia y vigencia real de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del país, e inclusive de brindar contenidos a los enunciados normativos y principios contenidos en la Constitución, teniendo como horizonte siempre el bienestar de la sociedad en su conjunto y no simplemente un punto de vista moral o político personal sobre determinado asunto. Por este motivo, la teoría del *common law* plantea la doctrina del precedente, por medio del cual las juezas y jueces están atados a las decisiones de sus antecesores para la solución de los casos puestos a su conocimiento, y solo en casos en los que no existan dichos precedentes o resulte contradictorio con la realidad social en la que será aplicado, los jueces podrán aplicar nuevos criterios, pero basados siempre en los presupuestos de justicia y una adecuada política pública en beneficio de la comunidad en general.⁹

La jurisprudencia constitucional abarca entonces un nuevo sentido, ya que no simplemente se trata de resolver conflictos legales concretos, al contrario otorga contenido a los principios y derechos constitucionales, pronunciándose respecto de la vigencia de una u otra norma dentro del

7 Strauss, David. *The Living Constitution*. Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 38.

8 *Ibid.*, p. 39.

9 *Ibid.*

ordenamiento jurídico nacional, o el entendimiento del ejercicio de un derecho e inclusive brinda eficacia a la propia Constitución, posibilitando que sus preceptos se mantengan constantes en una realidad cambiante. De allí que el incumplimiento de una sentencia constitucional no solo atenta contra los derechos de la persona afectada por su incumplimiento, sino que además vulnera directamente la primacía y eficacia de la Constitución, restringiendo aún más su aplicación directa.

De esta manera, el cumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales guarda una relación directa con el principio de eficacia y eficiencia del ordenamiento jurídico de un país, pues por medio de ellas se otorgan contenidos a la Constitución y a la vez estas son la fuente y fundamento de todo actuar, tanto de particulares como entidades del Estado, por lo que su incumplimiento, entonces, limita el verdadero valor de la Constitución y entorpece el principio de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución.

3. La competencia de la Corte Constitucional para verificar y sancionar el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales

Una vez estudiada y revisada la relación que guarda el cumplimiento de sentencias constitucionales respecto de la eficacia y eficiencia del derecho, es necesario realizar un estudio de la normativa constitucional y legal sobre el cumplimiento de sentencias en Ecuador.

El numeral 9 del artículo 436 de la Constitución de la República otorga a la Corte Constitucional la competencia para verificar el cumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales que, como hemos visto, permite a la Corte observar que dichas sentencias sean acatadas por las autoridades o particulares obligados a cumplirlos.

Los numerales 3 y 4 del artículo 86 de la Constitución de la República determinan que la ejecución de las sentencias constitucionales es competencia del juez constitucional que conoce la vulneración del derecho constitucional en primera instancia, aclarando además que los procesos judiciales solo finalizan una vez ejecutada integralmente la sentencia. En caso de que exista una resistencia al cumplimiento de la sentencia, el juez está facultado para adoptar y aplicar todas las medidas que

considere necesarias para el cumplimiento de la sentencia; así también lo determina el artículo 21 de la LOGJCC.¹⁰

Así, el juez adquiere ciertas competencias durante el proceso de ejecución de la sentencia, puede optar por evaluar el impacto de las medidas y modificarlas en caso de creerlo conveniente, es más el juez puede delegar la verificación de la ejecución de sus órdenes a cualquier institución o instancia estatal o internacional de protección de derechos humanos, sin embargo, como vimos con anterioridad, puede ocurrir que, a pesar de agotar los mecanismos previstos en la ley, las personas o autoridades obligadas a cumplir no lo hagan, lo que da paso a que se ejercite la acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional.

El artículo 436 numeral 9 de la Constitución de la República otorga a la Corte Constitucional la competencia de conocer las acciones de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales. En ese mismo sentido, el artículo 163 de la LOGJCC determina que en caso de inejecución o defectuosa ejecución de las decisiones de jueces constitucionales se ejercitará la acción de incumplimiento de sentencias constitucionales ante la Corte Constitucional, más aún si dicho incumplimiento proviene de una decisión directa de la Corte Constitucional.

En ese sentido cabe precisar que la Corte Constitucional no solo debe actuar en caso de incumplimiento de sus sentencias a petición de parte, sino que como máximo organismo de control e interpretación constitucional, la Corte tiene la obligación de dar seguimiento al cumplimiento de sus decisiones, lo que enmarca los pronunciamientos llevados a cabo en cualquiera de sus competencias, no solo en aquellas donde existan derechos constitucionales en conflicto, pues como dijimos con anterioridad, dependerá de sus decisiones brindar eficacia y eficiencia a los contenidos normativos y principios de la Constitución. Que la Corte Constitucional obvie dicha responsabilidad, limita su ejercicio como guardián de la supremacía constitucional e inclusive pone en riesgo la vigencia de la Constitución.

10 Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro oficial año I, n.º 52 del 22 octubre 2009.

4. Competencias de los jueces de garantías constitucionales y de la Corte Constitucional

Los jueces constitucionales y la Corte Constitucional gozan de una gran cantidad de facultades y competencias en el proceso de ejecución de las sentencias constitucionales. De este modo, el artículo 163 de la LOGJCC dispone que todas las juezas y jueces tienen la obligación de ejecutar las sentencias en materia constitucional que hayan dictado, lo cual en concordancia con el artículo 86, numeral 4 implica que los jueces tienen la facultad de adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de las sentencias que hayan emanado de su competencia constitucional, pues el archivo de la causa únicamente es posible una vez que se haya ejecutado integralmente la reparación.

Esto significa que los jueces pueden apoyarse inclusive en la actuación de las autoridades de la Policía Nacional, lo que lleva en sí el ejercicio de instrumentos coercitivos para el cumplimiento de las sentencias constitucionales.

Ahora bien, cuando hacemos referencia a la acción de incumplimiento de sentencias constitucionales, nos referimos a las competencias de la Corte Constitucional para conocer de oficio o a petición de parte la solicitud de iniciar esta acción, así la Corte Constitucional apreciará indicios de responsabilidad penal o civil de los jueces o funcionarios que incumplan lo dispuesto en las sentencias constitucionales, pudiendo llegar, inclusive, a la destitución del funcionario que rehúse su cabal cumplimiento.

5. Razones del incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales

Una vez determinada la importancia de las sentencias y dictámenes constitucionales, debemos observar cuáles son los principales motivos del incumplimiento de estas decisiones. Así podemos encontrar que en la mayoría de casos, las sentencias pueden ser incumplidas por verificarse errores o confusiones semánticas en las partes resolutivas de las sentencias, interpretaciones falsas o erróneas de las autoridades encargadas de ejecutar

la obligación contenida en un fallo;¹¹ a esto añadiríamos la inobediencia de las autoridades para cumplir las decisiones contenidas en el fallo constitucional.

- i. *Errores o confusiones semánticas en las partes resolutivas de las sentencias*: en este caso nos referimos a las decisiones resolutivas de los jueces constitucionales que no resultan claras, ni precisas; en otras palabras, fallos que no determinan o determinan incorrectamente el contenido, términos, condiciones, alcance y naturaleza de las obligaciones contenidas en ellos, lo que impide su cumplimiento. En este caso la autoridad obligada a cumplir posee algunos medios o herramientas que le permitirán obtener una respuesta satisfactoria del juez, por ejemplo, la solicitud de aclaración o ampliación de las disposiciones resolutivas.
- ii. *Interpretaciones falsas o erróneas de las autoridades encargadas de ejecutar la obligación contenida en un fallo*: nos referimos al caso en que las obligaciones contenidas en la parte resolutive del fallo resultan ser claras, precisas y certeras, pero el incumplimiento proviene de la falsa o errónea interpretación de la autoridad obligada a cumplirla. Este tipo de hechos llega a conocimiento del juez constitucional generalmente mediante dos vías: la primera de ellas es el informe de las autoridades obligadas a cumplir la sentencia, de cuyo contenido se desprende el error interpretativo; y, la segunda es la de conocer dichos errores por medio de las personas cuyos derechos fueron vulnerados y que no consiguen la reparación integral en virtud de la interpretación que le da la autoridad llamada a cumplir la sentencia o dictamen.
- iii. *Inobediencia de las autoridades de cumplir las decisiones contenidas en el fallo constitucional*: aquí observamos el incumplimiento expreso de una orden clara, o su cumplimiento aparente o meramente formal,¹² lo que trae consigo la posibilidad del juez de usar todos los medios a su alcance para dar cumplimiento a dichas

11 López Cuellar, Nelcy y María Carolina Olarte Olarte. *Incumplimiento de sentencias de la Corte Constitucional colombiana: aparentes garantías, silenciosos incumplimientos*. Bogotá, Universitas, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, s/a, pp. 76-91.

12 *Ibid.*

órdenes, inclusive el inicio del proceso de destitución de la autoridad renuente al cumplimiento.

Tanto los errores o confusiones semánticas, como la interpretación falsa o errónea de las autoridades encargadas de ejecutar la obligación contenida en un fallo, lleva a que se implemente el cumplimiento defectuoso de la sentencia, lo que implica que la parte resolutive de la sentencia es cumplida de manera parcial, imposibilitando la real reparación integral del daño causado en tema de garantías jurisdiccionales, o una interpretación extralimitada cuando nos referimos a los dictámenes interpretativos de la Corte Constitucional.

Por este motivo, cabe observar que la verificación del cumplimiento de las sentencias constitucionales no solo debe basarse en la literalidad de la parte resolutive de la sentencia o dictamen, al contrario también debe realizarse el análisis de la argumentación interna y externa de la sentencia, que es la razón de una decisión determinada. Esto lleva a que el análisis del cumplimiento de una sentencia se lleve a cabo de la manera más adecuada posible y, al mismo tiempo, genera la posibilidad de continuidad de líneas jurisprudenciales o en su defecto la generación de líneas jurisprudenciales dentro de un determinado escenario constitucional, manteniendo como principio la supremacía constitucional y la eficacia y eficiencia de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico nacional.

6. La acción de incumplimiento de sentencias sobre garantías jurisdiccionales

Resulta ahora adecuado hacer una corta revisión acerca del ámbito de protección de la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales; para hacerlo debemos revisar ciertas consideraciones y pronunciamientos sostenidos por la Corte Constitucional del Ecuador.

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, atribuyéndole una doble función: la primera tiene como objeto la protección de los derechos constitucionales y fundamentales y la segunda, como hemos visto, es la de garantizar la supremacía constitucional, además la eficacia y eficiencia de

los principios y normas constitucionales. En este sentido la Corte ha resuelto que:

la acción por incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales cumple una doble función, la primera es la garantizar un efectivo recurso para la protección de derechos constitucionales y fundamentales por medio de la ejecución de la sentencia, el segundo objetivo es la de dar primacía a las normas y derechos contenidos en la Constitución.¹³

Esto ha llevado a que en la Constitución de la República se plantee la aplicación de la jurisdicción abierta en sus postulados, lo que implica que los procesos judiciales solo terminan con la aplicación integral de la sentencia o reparación, lo que conlleva que “la causa no termina con la expedición de la sentencia sino hasta que se haya cumplido todos los actos conducente a la reparación integral”,¹⁴ lo que convierte a la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales en un derecho fundamental de todas las personas, por el cual acceden a una real protección judicial y evita un estado de plena indefensión de las víctimas y afectados. De hecho, la Corte Constitucional en la sentencia vinculante n.º 001-10-PJO-CC dictada a propósito del caso n.º 0999-09-JP, en el numeral 47 reconoce que los “mecanismos de cumplimiento de sentencias, resoluciones y dictámenes constitucionales se constituyen per se en auténticas garantías jurisdiccionales de protección y reparación de derechos constitucionales...”¹⁵

De esta manera la Corte observa un gran avance respecto de la Constitución de 1998 sobre la teoría de la garantías de los derechos constitucionales, ya que las herramientas constitucionales creadas con este objeto profundizan los valores del paradigma del Estado constitucional de derechos y justicia, contenidos en el artículo 1 de la Constitución de la República, lo que implica que:

13 Corte Constitucional de Ecuador, sentencia n.º 0012-09-SIS-CC del 8 octubre 2009.

14 Ávila Santamaría, Ramiro. “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”. *Desafíos constitucionales: la Constitución de 2008 en perspectiva*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 106.

15 Sentencia publicada en el segundo suplemento del registro oficial n.º 351 del 29 diciembre 2010.

mientras que el núcleo de las garantías constitucionales contenidas en la Constitución de 1998 se caracterizaba por su naturaleza eminentemente cautelar, el núcleo de las garantías jurisdiccionales contenidas en la Constitución del 2008 es declarativo, de conocimiento, ampliamente reparatorio y solo por excepción cautelar.¹⁶

En este punto, es preciso determinar 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 los particulares dispongan de medidas necesarias para su correcta reparación.

De lo dicho, observamos una clara vinculación de la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales con la reparación integral, además del derecho al acceso a un recurso judicial justo, idóneo y eficaz ante los actos que violen sus derechos, contenido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁷

De esta manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el derecho a la protección judicial efectiva al asegurar que no solo conlleva la existencia de recursos cuya naturaleza sea la de reparar el daño proveniente del incumplimiento de un derecho fundamental,¹⁸ al contrario estos recursos deben responder a la necesidad de reparación de las violaciones de los derechos conculcados.¹⁹

Por este motivo, la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales surge como una herramienta necesaria para garantizar el cumplimiento de las garantías jurisdiccionales dispuestas en la Constitución, pues la gran diferencia existente entre este tipo de acciones y las medidas de apremio ordinarias, es que las últimas logran su objetivo

16 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n.º 0013-09-SIS-CC del 8 octubre 2009.

17 Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, Costa Rica, noviembre 1969.

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 agosto 2008; y Caso Aceveda Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 julio 2009.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 enero 2001 y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27, numeral 2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 octubre 1987.

cuando obligan a las autoridades o particulares a cumplir órdenes judiciales, mientras que las primeras surten gran efecto en la aplicación y ejecución de las sentencias constitucionales, pues la autoridad ejecutora tiene un gran imperio para obligar al responsable a reparar el daño causado y tomar medidas de otra naturaleza, inclusive de índole penal y civil, para lograrlo. Así una de las principales características de la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales es justamente la de evitar la creación de un estado de plena indefensión de las personas, donde sus derechos no sean garantizados y no existan herramientas para su debida protección. La ausencia de estas medidas haría imposible que se hable de un verdadero estado constitucional, pues las sentencias y herramientas existentes para la protección de estos derechos se convertirían meramente en disposiciones declarativas.²⁰

La Constitución de la República, en el artículo 75, dispone el derecho de toda persona al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, en base a los principios de inmediación y celeridad. Este derecho no solo implica el obtener una respuesta favorable a sus pretensiones, al contrario debe obtenerse la reparación integral del daño cometido y por tal el cumplimiento material de la sentencia. Entonces, debemos entender que la realización o ejecución de la sentencia es parte integrante de la reparación,²¹ por lo que debe ser entendida como el medio más eficaz para lograr su cometido en la búsqueda de la verdadera protección y garantía de los derechos constitucionales, por la cual los procesos judiciales solo pueden terminar con la aplicación integral de la sentencia o reparación, sin esta la Constitución se convertiría en una simple declaración política de anhelos, mas no en la norma fundamental del Estado constitucional.

De lo dicho, se observa que el compromiso del Estado no se resume en reconocer de manera oficial una violación a los derechos constitucionales, sino que debe impregnar de eficacia y eficiencia sus decisiones y

20 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-537/94, aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., 29 noviembre 1994.

21 Fröling, Michel. "Derechos a la verdad, justicia y reparación integral en caso de graves violaciones a los derechos humanos". Intervención en el "Encuentro para las regiones de Bogotá y Cundinamarca del grupo de trabajo que propende al esclarecimiento del caso de la Unión Patriótica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (...)". Bogotá, 10 febrero 2004.

lograr entonces la reparación de los daños de manera ejemplar, para procurar que esos daños no vuelvan a ocurrir, y en caso de la anuencia de los responsables de dichos daños, ejercer de manera inmediata sus competencias e imperio para constreñir a los responsables y lograr la reparación de los daños causados. Sin ella, las garantías se convierten simplemente en elementos simbólicos de reparación y no en medios reales de protección contra violaciones de los derechos contenidos en la Constitución, motivo por el cual la naturaleza de la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales es justamente la de brindar eficacia real a las acciones consagradas como garantías jurisdiccionales en la Constitución.

6.1. Características de las sentencias sobre garantías jurisdiccionales

Resulta imperante verificar cuáles son los elementos doctrinarios que caracterizan el cumplimiento de las sentencias antes de continuar con un análisis normativo de la cuestión.

Así uno de los principales elementos que engloba el cumplimiento de las sentencias es la obligación del juez de garantías jurisdiccionales de velar por la observancia integral, de la decisión adoptada respecto de una garantía constitucional, motivo por el cual la competencia que adquiere el juez constitucional al momento de conocer una acción jurisdiccional se mantiene durante la etapa de verificación de la ejecución de los fallos, lo que engloba no solo la actividad del juzgador como observador, sino que adquiere competencias inmediatas, por ejemplo, la solicitud de informes de los organismos obligados a cumplir o la presentación, en mayor medida informal, de solicitudes de cumplimiento por parte de las víctimas o beneficiarios. Por lo que el juez constitucional deberá plantear mecanismos adecuados de verificación del cumplimiento de sus sentencias en las decisiones que adopte; por lo que al hablar de la acción de incumplimiento de sentencias constitucionales observamos la existencia de una relación comunitaria entre la herramienta procesal de protección de los derechos de todas las personas y los mecanismos de control del Estado respecto de sus obligaciones constitucionales.²²

22 Vergara Mesa, Hernán Darío. “Los condicionantes de la acción de cumplimiento”. *Revista Estudios de Derecho* (Medellín), Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia (17 abril 2007): 241.

De lo dicho se desprende el deber del juzgador de determinar con la mayor claridad posible las obligaciones de reparación del daño causado, observando que sean asequibles, reales y posibles dentro del contexto en el que se desarrollan las actividades estatales, procurando validar sus decisiones por medio de la identificación de los mecanismos y procedimientos que deberá llevar a cabo la autoridad obligada para el cumplimiento efectivo de la sentencia. Solo allí se podrá determinar de manera fehaciente el cumplimiento o incumplimiento de una decisión referente a la justicia constitucional.

De allí se extrae que las características claves que debe cumplir una sentencia constitucional, son justamente las de contener una determinación clara, asequible, real y posible, de las obligaciones que deben ser cumplidas por las autoridades responsables de la vulneración de un derecho constitucional, ahora bien es indispensable observar qué implicaciones tiene cada uno de estos elementos.

- i. *Obligación clara y precisa, positiva o negativa*: en este sentido cabe observar que las decisiones adoptadas por un juez constitucional deben determinar la naturaleza de la obligación, es decir, disponer si se trata de una obligación que implique la realización de ciertas actividades para lograr la reparación deseada (positiva), o caso contrario omitir cierta actividad para procurar la reparación o cesación del daño causado (obligación negativa). Además dicha determinación debe ser clara, lo que implica que no puede dar lugar a equívocos o confusiones, como también precisa, en otras palabras identificar plenamente la autoridad o institución encargada de dar cumplimiento a estas decisiones y la naturaleza de dichas obligaciones, al igual que los términos, condiciones y alcance de dicha decisión.
- ii. *Posibilidad de dar cumplimiento*: conocemos de antemano, que dentro del derecho civil, al hablar de la Teoría General de las Obligaciones nos encontramos frente a características que deben contener los títulos ejecutivos para poder demandar su cumplimiento, algo similar ocurre respecto de las obligaciones emanadas de una sentencia proveniente de la justicia constitucional, pues debe contener, como mínimo, la determinación expresa de las

obligaciones que deben cumplirse, es decir, certeza respecto de su contenido, términos, condiciones y alcance.

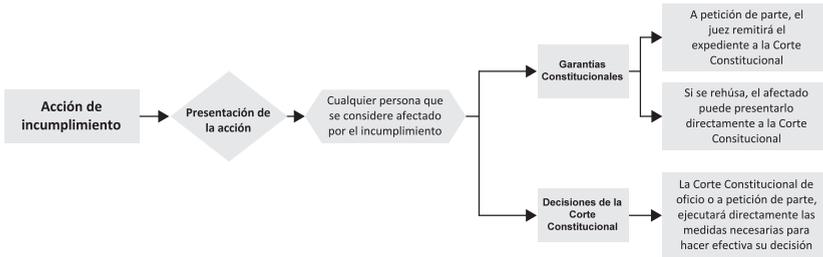
Para lograrlo resulta necesario optar por obligaciones basadas en la realidad del contexto en el que se enmarca el caso planteado ante el juez constitucional, en sentido tal que puedan ser cumplidas por la autoridad obligada a hacerlo. Así, por ejemplo, el juez no deberá únicamente disponer la reparación del daño de manera general, al contrario su decisión deberá contener coherencia interna entre la decisión adoptada, los considerandos y argumentos empleados en la motivación de la misma, para de esta manera obtener el mejor mecanismo de reparación que permita solventar los intereses de las víctimas y al mismo tiempo evite generar mayores conflictos en la sociedad, supeditando el cumplimiento de la sentencia a la violación de los derechos de otras personas.

- iii. *Asequibilidad respecto del contexto nacional*: un elemento que debe ser tomando en cuenta por los jueces constitucionales, es la vinculación que guardan sus decisiones respecto del contexto social en el cual desarrollan sus actividades. Debemos recordar que en ocasiones los jueces generan bases para la creación de políticas públicas por medio de las sentencias que emanan del ejercicio de sus competencias,²³ haciendo del análisis de la realidad nacional parte obligatoria de la argumentación externa realizada por el juez al momento de optar por una u otra obligación. Así, por ejemplo, el juzgador no podría optar por realizar el pago de una suma dineraria superior al presupuesto de la institución obligada a realizar dicho pago de manera inmediata, pues generaría un conflicto social de gran envergadura, pero sí podría crear un mecanismo de pago paulatino o a plazos, o inclusive la obtención de un rubro no dinerario que supla sus necesidades, como créditos fiscales o becas escolares de ser el caso.

23 Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derecho difusos colectivos e individuales en Brasil*. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004, p. 7.

6.2. Presentación y trámite de la acción de incumplimiento

La acción de incumplimiento de sentencias constitucionales se tramita de acuerdo con lo determinado en el artículo 164 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece lo siguiente:



6.3. Efectos jurídicos del incumplimiento de las sentencias constitucionales: destitución de funcionarios y debido proceso

Como hemos visto, la Corte Constitucional dentro de sus facultades puede ejercer todas las previstas en la Constitución, lo que implica, inclusive la destitución del funcionario o autoridad incumplida. El reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional²⁴ dentro del artículo 84 dispone de manera clara que, en caso de incumplimiento, el legitimado pasivo deberá contar con un término razonable para demostrar documentadamente el cumplimiento de la sentencia bajo prevenciones de destitución, en caso de que dicho requerimiento continúe con el incumplimiento, la Corte podrá disponer la destitución del servidor público según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 86 de la Constitución.

De lo dicho, se observa que una facultad con la que cuenta la Corte Constitucional es justamente la de determinar el incumplimiento de la sentencia y, en caso de que el funcionario o autoridad renuente al cumplimiento continúe con dicho incumplimiento, ordenar su destitución.

24 Reglamenteo de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional. Registro oficial año I, n.º 127 del 10 febrero 2010.

Es, sin embargo importante observar los elementos que engloban la potestad de la Corte de destituir a dicho funcionario.

Los instrumentos nacionales que se refieren a la destitución de funcionarios públicos determinan con claridad la existencia de un proceso administrativo sumario que cumpla con los requisitos formales y materiales del debido proceso, que incluye la presentación y explicación de pruebas de descargo. En el caso de la acción de incumplimiento, los instrumentos normativos nacionales han dispuesto que el debido proceso, vinculado a la destitución de un funcionario público a causa del incumplimiento de una orden judicial en materia constitucional, sea respetado dentro del proceso de la acción presentada, lo que habilita a esta corporación, a destituir al funcionario público que incumple dicha obligación.

7. Conclusiones

El cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales guarda una relación directa respecto de los principios de eficacia y eficiencia del derecho, pues por medio de este se garantiza el principio de supremacía constitucional por el cual la Carta fundamental no es simplemente una carta política de buenas voluntades, sino que al contrario se erige como principio fundador y fundamental del Estado. Por este motivo las decisiones constitucionales siempre otorgarán eficacia y eficiencia a los contenidos normativos y principios de la Constitución, por lo que su incumplimiento pone en riesgo las bases fundamentales del Estado y atenta contra los principios de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución.

Por este motivo la propia Constitución, dentro del numeral 9 del artículo 436, otorga a la Corte Constitucional la competencia para verificar el cumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales, y establece a la Corte como guardiana de la supremacía constitucional.

De esta manera, la verificación del cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales se desenvuelve en una doble faceta: la primera como competencia directa de la Corte Constitucional, por la cual de oficio debe dar seguimiento al cumplimiento de sus sentencias y permite, además, generar jurisprudencia como fuente de derecho directa y vinculante, que permita establecer mecanismos que garanticen a la

Constitución como norma de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico y brinden eficacia y eficiencia al principio de supremacía constitucional. Pero también propuso una segunda faceta, que permite a la Corte conocer sobre casos de incumplimiento de sentencias o dictámenes constitucionales a petición de parte, tanto de sentencias de garantías jurisdiccionales, como también de otras competencias otorgadas por la propia Constitución, ampliando de esta manera el marco de garantías y protección de los derechos y principios contenidos en la Constitución.

En definitiva, el cumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales permite garantizar los principios de eficacia y eficiencia del ordenamiento jurídico del país, además de que evita que por su incumplimiento se generen situaciones que limiten el valor de la Constitución y entorpezcan el principio de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución.

8. Bibliografía

- Atienza, Manuel. *Contribución para una teoría de la legislación. Elementos de Técnica Legislativa*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Calsamiglia, Albert. “Justicia, eficiencia y Derecho”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1 (1988).
- Constitución de la República de Ecuador. Registro oficial año II, n.º 449, Quito, lunes 20 octubre 2009.
- Früling, Michel. “Derechos a la verdad, justicia y reparación integral en caso de graves violaciones a los derechos humanos”. Intervención en “Encuentro para las regiones de Bogotá y Cundinamarca del grupo de trabajo que propende al esclarecimiento del caso de la Unión Patriótica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. Bogotá, 10 febrero 2004.

- Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derecho difusos colectivos e individuales en Brasil*. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Doctrina Jurídica, 2004.
- Jefferson, Thomas. *Carta escrita a James Madison en 1789*. Internet. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s23.html>. Acceso: 7 abril 2011.
- Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro oficial año I, n.º 52, Quito, jueves 22 octubre 2009.
- López Cuellar, Nelcy y María Carolina Olarte Olarte. *Incumplimiento de sentencias de la Corte Constitucional colombiana. Aparentes garantías, silenciosos incumplimientos*. Bogotá, Universitas, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.
- Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional. Registro oficial año I, n.º 127, Quito, 10 febrero 2010.
- Strauss, David. *The Living Constitution*. Oxford University Press, Nueva York, 2010.
- Vergara Mesa, Hernán Darío. “Los condicionantes de la acción de cumplimiento”. *Revista Estudios de Derecho*, Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. 17 abril 2007.
- Zorrilla Ruiz, Manuel. *Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del derecho*. Madrid, Editorial Dykinson, 2005.

Jurisprudencia nacional y de la CIDH

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, Costa Rica, noviembre 1969.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia n.º T-537/94, Santafé de Bogotá, D.C., 29 noviembre 1994.
- Corte Constitucional de Ecuador, sentencia n.º 0012-09-SIS-CC del 8 octubre 2009.
- Corte Constitucional de Ecuador, sentencia n.º 0013-09-SIS-CC del 8 octubre 2009.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Aceveda Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 julio 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 agosto 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 enero 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27, numeral 2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 octubre 1987.

Colaboradores

Luis Fernando Ávila Linzán

Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Máster en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Diplomado en derechos humanos, Instituto Raoul Wallenberg, Suecia-Costa Rica. Diplomado en derecho indígena y pluralismo jurídico, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso); máster en estudios políticos (c), Flacso Ecuador. En la actualidad es Coordinador de la Relatoría de la Corte Constitucional para el Período de Transición y Secretario Ejecutivo de la Red para el Constitucionalismo Democrático.

Correo electrónico: *ecuadorconstitucional@yahoo.com*

Rosa Elena de la Torre

Licenciada en ciencias jurídicas y sociales, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Ha trabajado en organizaciones de la sociedad civil apoyando procesos de acceso a la justicia; reforma judicial; reforma legal, difusión y defensa de derechos humanos específicos: pueblos indígenas, mujeres, niñez y adolescencia, trabajadores (comercio justo). Exasambleísta constituyente.

Correo electrónico: *rosaelenadelatorre@gmail.com*

Maria Mercedes Lema Otavalo

Kichwa Otavalo, Abogada y Doctora en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador; Especialista Superior en derechos colectivos por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; candidata a Magíster en Derechos Humanos y Pueblos Indígenas y egresada del Diplomado en derecho constitucional, Universidad Central del Ecuador - Instituto de Posgrado de la Facultad de Jurisprudencia; en la actualidad, asesora de la Corte Constitucional, y docente de la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas en el área de derecho y justicia indígena.

Correo electrónico: *mlemaotavalo@yahoo.com*

Juan Montaña Pinto

Abogado y especialista en derecho público, Universidad Externado de Colombia; especialista en derecho constitucional y ciencia política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; diploma de estudios avanzados en derechos fundamentales, Universidad Autónoma de Madrid; máster en historia del derecho de la Universidad Messina; doctor en derecho constitucional, Universidad de Alicante. Actualmente es el Director Ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDE) de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

Correo electrónico: *biofilopanclasta1971@gmail.com*

María Fernanda Polo Cabezas

Doctora en jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; máster en ciencias sociales (c), Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso). En la actualidad es abogada de la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos.

Correo electrónico: *maferitapc@yahoo.com*

Angélica Porras Velasco

Abogada y doctora en jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, PUCE; doctora en ciencias políticas, Universidad de Salamanca; docente de derecho constitucional, Universidad Iberoamericana Golfo Centro de México, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y Universidad de Especialidades Espíritu Santo. En la actualidad es Coordinadora de Investigación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).

Correo electrónico: *angeporras1971@gmail.com*

Johanna Romero Larco

Abogada, Universidad de Cuenca. Diploma superior en derecho constitucional y derechos fundamentales, Universidad de Cuenca. Magíster (c) en derecho con mención en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. En la actualidad es investigadora del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).

Correo electrónico: *jhoannamelyna@hotmail.com*

Daniel Fernando Uribe Terán

Egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Diplomado en derechos humanos de la cátedra “Dag Hammarskjöld”, Universidad Técnica del Centro (Venezuela) / Centro Unesco para la Formación en Derechos Humanos / Ciudadanía Mundial y Cultura de Paz y Fundación Internacional de Expertos en Derechos Humanos. Curso de mediación y resolución de conflictos, Universidad Católica de Ecuador. Curso de derecho constitucional y derechos humanos, Universidad de los Andes – Colombia. En la actualidad es asistente administrativo de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

Correo electrónico: *uribe.df@gmail.com*

ISBN: 978-9942-07-050-0



9 789942 070500



www.corteconstitucional.gob.ec