Jorge Benavides Ordóñez
Jhoel Escudero Soliz
Coordinadores

# MANUAL

## de justicia constitucional ecuatoriana

Cuadernos de trabajo

# Manual de justicia constitucional ecuatoriana

Cuadernos de Trabajo n.º 4

Corte Constitucional del Ecuador

# Manual de justicia constitucional ecuatoriana

Jorge Benavides Ordóñez
Jhoel Escudero Soliz
*Coordinadores*

Quito - Ecuador
2013

Corte Constitucional del Ecuador

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional

Benavides Ordóñez, Jorge, coord.
Manual de justicia constitucional ecuatoriana. Jorge Benavides Ordóñez; Jhoel Escudero Soliz, coords. 1.ª ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013. (Cuadernos de trabajo, 4)
364 p.: 15x21 cm
ISBN: 978-9942-07-462-1
Derechos de Autor: 042177

1. Derecho procesal constitucional – Ecuador. 2. Derechos fundamentales. 3. Garantías constitucionales. 4. Control constitucional I. Escudero Soliz, Jhoel. II. Título. III. Serie

CDD21: 342.866 CDU: 342 (866) LC: KHK 2919 B46 2013 Cutter-Sanborn: B4312
Catalogación en la fuente: Biblioteca "Luis Verdesoto Salgado". Corte Constitucional.

**Corte Constitucional del Ecuador**

**Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)**

Patricio Pazmiño Freire
*Presidente de la Corte Constitucional*

Jorge Benavides Ordóñez
*Director Ejecutivo del CEDEC*

**Jorge Benavides Ordóñez**
**Jhoel Escudero Soliz**
*Coordinadores*

Edwin Madrid
*Coordinador General*

Miguel Romero Flores
*Coordinador de Publicaciones (e)*

Juan Francisco Salazar Proaño
*Diagramación y Diseño de Portadas*

Imprenta: V&M Gráficas
Septiembre 2013

**Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)**

Iñaquito E9-32 y av. Amazonas, piso 2.
Tel. (593 2) 3941800 ext. 2104
*www.corteconstitucional.gob.ec*
*publicaciones@cce.gob.ec*

Quito-Ecuador

*Todos los derechos reservados. Esta obra no expresa ni compromete el criterio de los jueces de la Corte Constitucional. Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.*

# Índice

**Presentación** ..... 13
*Patricio Pazmiño Freire*

**Prólogo** ..... 15
*Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz*

## Capítulo 1

### Introducción al derecho procesal constitucional ecuatoriano

Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño Freire
**Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano**

1. Introducción ..... 23
2. Los rasgos básicos del positivismo jurídico ..... 26
3. Algunas consideraciones acerca de la forma y contenido del positivismo criollo ..... 30
4. El garantismo constitucional como paradigma alternativo al positivismo ..... 33
5. Los elementos esenciales del nuevo modelo constitucional ecuatoriano ..... 38
6. Bibliografía ..... 47

Diego Núñez Santamaría
**Estatus de una Corte Constitucional: Corte de precedentes**

1. Introducción ..... 49
2. Sobre los estatus de los Tribunales Constitucionales ..... 49

2.1. Tribunal como garantía de norma ..... 50
2.2. Tribunal como garante de derechos ..... 52
2.3. Tribunal como garante de la democracia ..... 53
2.5. Tribunal como juez de la Constitución..... 55
2.6. Intérprete de la Constitución ..... 55
2.7. Corte de precedentes..... 56
2.8. Juez de competencias ..... 59
2.9. Consecuencia como Tribunal de Justicia..... 59
3 Compatibilidad de estatus..... 60
4. Sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana..... 66
5. Conclusiones ..... 66
6. Bibliografía ..... 67

## Capítulo 2
## Los derechos y garantías constitucionales en Ecuador

Jorge Benavides Ordóñez
**Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales**

1. Introducción..... 73
2. ¿Qué se entiende por derechos fundamentales?..... 74
3. Los derechos fundamentales como derechos valor ..... 75
4. La experiencia alemana con la Ley Fundamental de Bonn de 1949 ..... 78
5. ¿Cuál es la función de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico?..... 80
6. El efecto irradiador de los derechos fundamentales..... 82
7. La formulación de los derechos fundamentales como reglas, como principios, o de modo mixto ..... 86
8. La garantía del contenido esencial de los derechos..... 92
9. Bibliografía ..... 97

Pablo Alarcón Peña
**El Estado constitucional de derechos y las garantías constitucionales** ..... 99

Karla Andrade Quevedo
**La acción de protección desde la jurisprudencia constitucional**

1. Introducción ..... 111
2. Objeto de la acción de protección a partir de la jurisprudencia..... 113
3. Naturaleza de los derechos protegidos por la acción de protección según la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador ..... 116
4. El límite entre la legalidad y la constitucionalidad de un derecho ..... 125
5. La acción de protección como mecanismo de superposición o reemplazo de la justicia ordinaria..... 130
6. Mal uso de la acción de protección..... 132
7. Reflexiones finales ..... 135
8. Bibliografía ..... 136

Francisco José Bustamante Romoleroux
**La acción extraordinaria de protección**

1. De las garantías jurisdiccionales ..... 139
2. La acción extraordinaria de protección ..... 143
3. Conclusiones ..... 156
4. Bibliografía ..... 157

Carlos Aguirre
**La garantía del hábeas hábeas corpus en el Estado constitucional de derechos y justicia** ..... 159

Fabián Soto Cordero
**Hábeas data: garantía jurisdiccional del derecho a la autodeterminación informativa**

1. Introducción ..... 185
2. El contenido del derecho a la información ..... 186
3. Naturaleza del hábeas data ..... 189

4. La garantía detrás del derecho ..... 191
5. Régimen procesal ..... 194
6. Conclusiones ..... 200
7. Bibliografía ..... 201

Pablo Fernando Moya Carrillo
**La acción por incumplimiento: garantía idónea de las personas y grupos de atención prioritaria**

1. Introducción ..... 203
2. De la acción por incumplimiento ..... 205
3. La acción por incumplimiento en la materialización de medidas de atención prioritaria ..... 206
4. A manera de conclusiones ..... 213
5. Bibliografía ..... 214

Gabriela Melo Flores
**Acceso a la información pública**

1. De la información ..... 215
1.1. Información pública ..... 216
2. El derecho a la información ..... 217
2.1. Derecho a la información en Ecuador ..... 220
2.2. Acceso a la información pública: garantía jurisdiccional en Ecuador ..... 223
3. Análisis de sentencias dictadas en acciones de acceso a la información pública ..... 230
4. Conclusiones ..... 241
5. Bibliografía ..... 242

Christian Masapanta Gallegos
**Las medidas cautelares en la realidad constitucional ecuatoriana: eficacia en su aplicación y efectividad de la garantía**

1. Introducción ..... 245
2. Estado del arte de las medidas cautelares ..... 246

3. Las medidas cautelares como garantías jurisdiccionales..... 249
4. La doble dimensionalidad de las medidas cautelares en el constitucionalismo ecuatoriano ..... 251
5. Naturaleza de las medidas cautelares..... 252
6. Características de las medidas cautelares..... 253
7. El límite regulativo de las medidas cautelares respecto de la acción extraordinaria de protección..... 256
8. Medidas cautelares y acción de protección de derechos..... 257
9. Tramitación de las medidas cautelares ..... 258
10. La eficacia en cuanto a la aplicación de medidas cautelares..... 263
11. Consideraciones de la Corte Constitucional..... 265
12. Conclusiones ..... 270
13. Bibliografía ..... 271

Jhoel Escudero Soliz
**Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador**

1. Origen y concepto del derecho de reparación integral ..... 273
1.1. Dificultades con el cumplimiento integral de la reparación ordenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Ecuador ..... 278
2. El derecho constitucional a la reparación integral..... 280
3. Derecho a la reparación en acciones de protección y su complicado desarrollo ..... 283
4. Conclusiones ..... 286
5. Bibliografía ..... 288

## Capítulo 3
## Control constitucional y aplicación directa de la Constitución

Pamela Juliana Aguirre Castro
**Consulta de norma: garantía de la tutela judicial efectiva**

1. Control difuso y concentrado de constitucionalidad ..... 294
1.1. Control difuso ..... 294

1.2. Control concentrado ..... 295
2. Visión comparada ..... 296
3. Control de constitucionalidad en Ecuador a partir de la Constitución de 2008 ..... 301
4. Jurisprudencia constitucional importante acerca de la consulta de norma ..... 304
5. Reflexiones finales ..... 315
6. Bibliografía ..... 317

Daniel Gallegos Herrera
**El control formal de constitucionalidad de actos normativos**

1. Introducción ..... 319
2. La propuesta de control constitucional de Hans Kelsen ..... 321
3. El nuevo momento del control constitucional: la emergencia del control material ..... 324
4. ¿Qué protege el control formal de la constitucionalidad? ..... 326
5. El control en Ecuador: entre el control integral y la exclusión de la 'mera formalidad' ..... 328
6. El ensayo de una solución ..... 331
7. Bibliografía ..... 333

Javier Fernando Villacrés López
**La aplicación directa de la Constitución frente al prevaricato en Ecuador** ..... 335

**Colaboradores** ..... 357

# Presentación

La Corte Constitucional del Ecuador emprendió la labor de publicar lo mejor y más variado del pensamiento jurídico constitucional con el ánimo de alentar a las nuevas generaciones de jueces, abogados, asambleístas, estudiantes o simples interesados en profundizar los planteamientos teóricos y las prácticas que están detrás de las decisiones jurisdiccionales para fortalecer la justicia constitucional, de acuerdo con las nuevas normas contempladas en la Constitución de Montecristi, dejando atrás un viejo constitucionalismo que no tiene luces suficientes como para alumbrar todas y cada una de las demandas ciudadanas amparadas en la nueva Norma suprema. Después del descalabro institucional sufrido desde hace un par de décadas, el Ecuador de hoy debe convertirse en un faro del derecho constitucional, que no solo alumbre los derechos y garantías de todas las personas, sino que también irradie su luz sobre los derechos de su naturaleza, como reza en la Constitución establecida por las ciudadanas y ciudadanos en el 2008.

Este es el primer manual teórico y práctico con la idea fundamental de construir, o mejor, de ir construyendo una visión que nos permita observar detenidamente y, al mismo tiempo, mirarnos por dónde caminamos y deben caminar las garantías del derecho constitucional en consonancia con las nuevas teorías o tendencias del constitucionalismo, sin olvidar sus bases históricas, que es desde donde partimos para ser autocríticos y avanzar con paso resuelto a cumplir y hacer cumplir con la Constitución.

De allí que este manual, sea una especie de espejo que refracta en tres capítulos: I. Introducción al derecho procesal constitucional ecuatoriano. II. Los derechos y garantías constitucionales en el Ecuador, y III. Control de constitucionalidad y aplicación directa de la Constitución, que resumen los pocos años de experiencia de la Corte Constitucional del Ecuador.

El derecho, como todas las ciencias, está sujeto a los cambios que se dan en una sociedad. Nuestra sociedad ha sido protagonista de hechos significativos, consignados en su nueva Constitución, y será en la práctica, en la aplicación del derecho constitucional, como esos cambios anhelados retribuirán las exigencias ciudadanas de una Constitución garantista de derechos. Sin duda hay mucho trecho por recorrer, pero los primeros pasos son tan importantes que marcarán el ritmo con el que debemos avanzar. Pasos medidos con luces nuevas y más exactas, porque no se trata de una carrera, sino de saber llegar a buen puerto a pesar de que la travesía haya tenido y tenga una variedad de obstáculos.

Patricio Pazmiño Freire
*Presidente de la Corte Constitucional*

# Prólogo

Una de las principales preocupaciones de la Corte Constitucional, por intermedio de su Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), ha sido el generar un espacio académico adecuado en donde se aliente el libre intercambio de ideas, en los ámbitos del derecho constitucional, los derechos fundamentales, las garantías jurisdiccionales, la teoría del derecho.

Muestra de ello es el gran número de trabajos editados a lo largo de estos años, en los cuales se ha tenido el privilegio de contar con una serie de autores y autoras, nacionales e internacionales, que sin embargo de no compartir una misma posición teórica del fenómeno jurídico, ni un mismo enfoque metodológico de lo que es el derecho, comparten su gran valía académica; pero lo más importante es que los libros producidos han tenido una acogida muy favorable por la comunidad jurídica ecuatoriana.

Creemos en una Constitución y un derecho constitucional no solo para especializados en el fenómeno jurídico, sino más bien, en una comprensión más amplia del constitucionalismo en donde se integren otros enfoques disciplinarios que lo enriquezcan, de ahí que suscribimos con Juan Bautista Alberdi en el señalamiento: saber leyes no es saber derecho. El compromiso de la Primera Corte Constitucional y su Centro de Estudios camina en dicha dirección.

Con la edición del *Manual de justicia constitucional*, tenemos el sano orgullo —ofrecemos disculpas si suena a ostentación— de contar en la redacción de los ensayos con la participación de compañeros y compañeras que laboran en la Corte, y es precisamente dicha calidad la que a nuestro criterio le otorga un valor agregado

al Manual, en la medida en que los análisis conjugan detalladamente los aspectos teórico, normativo y jurisprudencial, dando como resultado un estudio prolijo de los derechos, las garantías jurisdiccionales y el control de constitucionalidad.

De este modo, sin el ánimo de realizar un resumen no justo al talento de los autores y autoras, pasamos a dar una visión panorámica de la obra.

El capítulo I, "Introducción al derecho procesal constitucional ecuatoriano", en su primera parte, presenta un matiz comparado crítico-realista europeo y ecuatoriano que explica la relación no pacífica entre positivismo y neoconstitucionalismo. Después, mediante un estudio de varios órganos de control constitucional, aborda los parámetros que definen el *estatus* de una Corte o Tribunal Constitucional.

Patricio Pazmiño Freire y Juan Montaña Pinto, en su artículo teórico-crítico, sostienen que el neoconstitucionalismo aparece con ocasión a la crisis del positivismo. Los autores analizan las respuestas del positivismo europeo ante los crímenes de lesa humanidad ocurridos entre 1933 y 1945; concluyen que el formalismo y el positivismo son insuficientes para la realización de la justicia. Ante esta dificultad del derecho positivo, encerrado en la frialdad de la ley y su aplicación mecánica, aparece el neoconstitucionalismo como una teoría que exige la materialidad de los contenidos de los derechos constitucionales.

Del mismo modo, hacen referencia a lo que denominan 'positivismo criollo' caracterizado por un excesivo formalismo ético enraizado en la cultura jurídica ecuatoriana. Esta teoría del derecho estuvo en auge entre 1984 y 2006 y contribuyó a un Estado autoritario y empresarial; modelo que ha afianzado a la destrucción política, social y económica del país. Frente a este escenario, aparece un renovado derecho constitucional ecuatoriano con elementos propios: la democracia participativa, la constitucionalización de los derechos humanos, la ampliación radical del sistema de garantías constitucionales y el reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural del Estado. Lo distintivo del ensayo es la relación adecuada entre crítica, realidad y teoría del

derecho. Convoca a realizar la rebelión al formalismo para poner de cabeza al positivismo.

Por su parte, Diego Núñez Santamaría realiza una observación de las experiencias latinoamericanas en justicia constitucional, analizando el estatus de los órganos de control constitucional. El estatus de Corte Constitucional se señala según su propia Constitución. Así, podemos ver que una Corte Constitucional se puede establecer como garantía de norma, garante de derechos, garante de la democracia, juez de la Constitución, intérprete de la Constitución, juez de competencias y Corte de precedentes. El autor persuasivamente propone que la configuración que puede abarcar a cada una de las funciones es una Corte de precedentes. Este estatus hará que cumpla de mejor manera las tareas encomendadas constitucionalmente a una Corte Constitucional.

El capítulo II, "Los derechos y garantías constitucionales en Ecuador", tiene como fundamento el estudio de la teoría de los derechos fundamentales y las garantías jurisdiccionales. Jorge Benavides Ordóñez explica la formación teórica de los derechos fundamentales. Estudiando la obra de Smend, extrae el eje central del accionar dinámico de los derechos y su contenido esencial. Posteriormente, busca desenvolver el entramado teórico, normativo y jurisprudencial de los derechos fundamentales, ilustrando la función objetiva y subjetiva de los principios constitucionales. Por tanto, el enfoque en la dignidad humana como centro de la construcción de los derechos fundamentales da paso no solo a un método jurídico de aplicación, sino a un modelo constitucional basado en derechos, que irradia y forma el actual Estado constitucional.

Pablo Alarcón Peña, en su artículo "Estado constitucional de derechos y las garantías constitucionales", realiza un análisis comparado de las principales diferencias entre garantías constitucionales previstas en las Constituciones de 1998 y de 2008. Resulta interesante observar que, a la par del contraste presentado de las instituciones de amparo y acción de protección, incorpora una exposición del actual modelo constitucional. El estudio se basa en la *iusteoría* transnacional del derecho y la jurisprudencia nacional.

Luego, el autor resalta la importancia de la relación que existe entre garantías constitucionales y fuentes del derecho.

Karla Andrade Quevedo realiza un estudio de las sentencias expedidas en acción extraordinaria de protección sobre el funcionamiento de la acción de protección. La autora explica desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional los diferentes debates ocurridos en relación al desarrollo de la acción de protección.

Mientras tanto, Francisco Bustamante Romoleroux, al realizar un estudio práctico de la acción extraordinaria de protección (AEP), hace referencia a sus características positivas y negativas. Las primeras justifican la existencia de la AEP por la necesidad de combatir la impunidad y arbitrariedad judicial. La segunda, se concentra en el uso inadecuado de la AEP. Como aporte a la jurisprudencia constitucional, el autor da respuesta a la siguiente cuestión: ¿Qué debe entenderse por derechos constitucionales y legales?

Carlos Aguirre Guanín, en su ensayo sobre el hábeas corpus en el Estado constitucional de derechos y justicia, detalla las condiciones de aplicación de esta garantía en favor del principio de libertad. Del mismo modo, explica el contenido progresivo que se le ha ido otorgando al hábeas corpus, partiendo de la garantía a la libertad ambulatoria hasta la protección de la integridad física y la prohibición de la tortura.

Fabián Soto Cordero analiza el contenido y función del hábeas data, tiene interés por exponer cómo se debe entender la protección de datos personales dentro del contexto del Estado democrático y constitucional de derechos. También señala la importancia del acceso a la información y a datos personales, instrumentos que deben materializarse en favor de las personas. Más adelante, el autor llega a la conclusión de que el actual modelo de hábeas data acapara un amplio margen de posibilidades de datos físicos y electrónicos para proteger la intimidad y la prohibición de discriminación garantizada por la Constitución.

Pablo Moya escribe sobre la acción por incumplimiento enfocada al estudio de casos relativos a grupos de atención prioritaria. De forma detallada cita dos sentencias: una relativa a las personas

con discapacidad, impedidos de importar vehículos no ortopédicos, y la otra, sobre una persona privada de libertad y el acceso a beneficios por buen comportamiento.

Gabriela Melo Flores, en su artículo práctico sobre el derecho constitucional al acceso a la información, hace un esquemático estudio del contenido, proceso y análisis de casos prácticos. Resulta importante señalar que la garantía jurisdiccional de acción de acceso a la información es un elemento que busca transparentar el Estado, para que luzca como una casa de cristal sobre la cual se pose la mirada de todos los ciudadanos, en ejercicio de sus derechos.

Christian Masapanta Gallegos recoge la trascendencia garantista que la Constitución 2008 imprimió, a través de las nuevas garantías jurisdiccionales. Así, por medio de un recorrido teórico, muestra cuál es el estado del arte de las medidas cautelares para luego desentrañar cuáles son sus características. De una manera didáctica, Christian enseña cómo la apariencia de un buen derecho, el peligro en la demora de la sentencia y la inminencia de la vulneración de un derecho marcarán la pauta para que entre en funcionamiento las medidas cautelares.

Entre tanto, Jhoel Escudero Soliz explica el papel de la reparación integral en la acción de protección. El modelo de reparación integral se desarrolló a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y a partir de esta experiencia se despliega la trascendencia de este concepto. Luego, la Constitución ecuatoriana de 2008 introdujo la figura de la reparación integral estableciendo una justicia restaurativa, ya que el simple reconocimiento económico del daño era insuficiente. La reparación entonces implica dos aristas primordiales: la verdad (conocer el origen del daño) y la justicia (juzgamiento del origen del daño con una obligación de no repetición).

En el capítulo III, "Control de constitucionalidad y aplicación directa de la Constitución", Pamela Aguirre Castro realiza un estudio comparado e histórico que explica el origen y función del control de constitucionalidad. También, nos sumerge en el concepto de control de constitucionalidad, sus tipologías y efectúa un análisis de casos. Al estudiar el caso ecuatoriano, la consulta de

constitucionalidad, se enfrenta a la aplicación directa de Constitución ante la existencia de disposición normativa; tema que ha sido resuelto por la Corte Constitucional, órgano que se decanta por la consulta como mecanismo efectivo para generar coherencia normativa e interpretativa con la Constitución.

Daniel Gallegos Herrera aborda cómo ha evolucionado el control abstracto de constitucionalidad hacia un control material, contribuyendo a un Estado constitucional de derechos y justicia. Recalca que los controles de constitucionalidad formal y material revisten su propia trascendencia, aunque en la configuración ecuatoriana parece ser que se ha dado una preeminencia al control material. Mediante el análisis de la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley de Minería. El autor ensaya una posible solución a la tensión entre el control formal y la preferencia institucional por el control material.

Finalmente, Javier Villacrés López hace un recuento histórico de la figura penal del prevaricato para luego identificarlo como una herramienta de control del antiguo positivismo formalista, bajo la supremacía de la ley. Dentro de los nuevos parámetros de interpretación, especialmente en el ámbito constitucional, los operadores de justicia ya no pueden detenerse en la literalidad del texto, pues ahora los principios y valores requieren un nivel interpretativo más elevado; y en el caso en el que un juez se encuentre ante una norma no coherente con los principios constitucionales podrá alejarse de su texto literal y aplicar la Constitución. De esta manera, el prevaricato se constituye en una figura que podría considerarse anacrónica al enfrentarse con la aplicación directa de la Constitución.

En fin, recomendamos la lectura crítica de este libro, que en su conjunto forma un manual de justicia constitucional, porque aporta no solo al ejercicio práctico del derecho, sino a la comprensión del sustento teórico que subyace a los distintos diseños institucionales. Pretensión que en últimas cuentas contribuye al cambio de la cultura jurídica en el Ecuador de nuestros días.

*Jorge Benavides Ordóñez*
*Jhoel Escudero Soliz*

# Capítulo 1

## Introducción al derecho procesal constitucional ecuatoriano

# Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano

Juan Montaña Pinto* y Patricio Pazmiño Freire**

## 1. Introducción

En los últimos tres años, desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución ecuatoriana, mucho se ha hablado del ingreso del Ecuador a la órbita del garantismo constitucional; se ha debatido mucho, especialmente en los medios de comunicación, sobre los riesgos de tal decisión constituyente, particularmente de las amenazas que se ciernen sobre el orden jurídico con la importación e imposición de un modelo teórico y filosófico ajeno a nuestra realidad.

Sin embargo, poco se sabe sobre el significado y los alcances del nuevo paradigma constitucional ecuatoriano. No se conocen por ejemplo sus orígenes, sus presupuestos, sus finalidades, ni es claro, por lo menos para la mayoría, cuáles son sus elementos y su contenido esencial, tampoco sabemos mucho de sus diferencias

* 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, Universidad Messina; doctor en Derecho Constitucional, Universidad de Alicante.

** Doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; máster en Ciencias Sociales, FLACSO-Ecuador. Doctorando en Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia, España. Ha ejercido la docencia en Programas de Maestría en Derecho Constitucional, cátedra Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Universidad Andina Simón Bolívar en Ecuador y Bolivia y en la Universidad Estatal de Guayaquil. Fue presidente del Tribunal Constitucional del Ecuador (2007-2008); presidente de la Corte Constitucional para el Período de Transición (2008-2012). En la actualidad, presidente de la primera Corte Constitucional del Ecuador (2012-2015).

con el modelo o sistema de pensamiento jurídico que consciente o inconscientemente ha venido rigiendo en nuestro país.

Nada se ha discutido, por ejemplo, sobre los elementos de la cultura jurídica tradicional en el Ecuador, el positivismo criollo, ni de su aporte necesario en el mantenimiento y la profundización del statu quo de profunda inequidad y desigualdad en que vivimos los ecuatorianos; tampoco se ha dicho mucho sobre los elementos específicos de la propuesta jurídica de cambio, que podemos denominar posneoliberal, implícita en la actual Constitución.

El objetivo de este escrito es precisamente explicar de forma sucinta algunas de estas importantes cuestiones. A lo largo del texto se explicará cómo el modelo constitucional que hoy nos rige fue desarrollado por el constituyente de Montecristi a partir de una serie de hallazgos resultantes del diálogo con algunas constituciones latinoamericanas; incorpora también los principales postulados del garantismo constitucional europeo, y aporta al constitucionalismo mundial con imaginativas réplicas a los inmensos retos institucionales, políticos, sociales, económicos y culturales que tiene la realidad ecuatoriana.

Como comprobará el lector, el nuevo paradigma constitucional pospositivista que con dificultad se intenta abrir paso en el Ecuador, no es un mero trasplante acrítico de los postulados del neoconstitucionalismo europeo y norteamericano, sino que es un intento de juridificar en el plano del derecho positivo los elementos propios de la realidad y necesidades locales en un diálogo crítico con las tendencias más progresistas de la teoría jurídica trasnacional.

En ese sentido, la adopción de un modelo de democracia participativa en reemplazo de la antigua democracia representativa; la constitucionalización al más alto nivel de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos; la ampliación radical del sistema de derechos y garantías; el reconocimiento al carácter plurinacional, multiétnico y pluricultural del Ecuador, unidos a la consideración de la Constitución como norma jurídica directamente aplicable; al nuevo rol de los valores y principios en la configuración del derecho vigente; y al fortalecimiento del papel

de los jueces y de la función judicial dentro de la arquitectura constitucional, son una muestra de que el modelo constitucional ecuatoriano existe y que es capaz de dialogar en condiciones adecuadas con el constitucionalismo y la teoría transnacional del derecho.

Para ese propósito el texto está dividido en cuatro partes: en la primera se hace una enunciación de los rasgos básicos del positivismo jurídico, a partir de la caracterización que de ese modelo o modelos hacen Kelsen, Hart y Bobbio, tres de los defensores más prestigiosos de esta manera de entender el fenómeno jurídico. Una segunda parte está dedicada a examinar críticamente la recepción de estas teorías en nuestro país y a partir de allí caracterizar lo que podría denominarse el modelo o paradigma jurídico del positivismo ecuatoriano cuyos rasgos más significativos son el literalismo hermenéutico, el estatalismo teórico y el formalismo ético, todos unidos sin conciencia ni entendimiento de sus consecuencias. En la tercera parte se intenta explicar cuáles son los elementos del garantismo constitucional como teoría alternativa y estándar del derecho frente al positivismo hegemónico; particularmente se enfatiza en el alcance y las consecuencias prácticas que para la teoría de la validez de las normas jurídicas[1] tiene la adopción de la perspectiva neoconstitucionalista del derecho y el nuevo rol que cumplen los jueces constitucionales en ese contexto. Finalmente, la última parte presenta los elementos que a nuestro juicio caracterizan el nuevo modelo constitucional ecuatoriano y lo diferencian tanto del positivismo estándar como del garantismo constitucional europeo.

Un desarrollo como el planteado permite situar adecuadamente al lector en los retos y oportunidades que tiene el nuevo derecho constitucional ecuatoriano, particularmente en lo que atañe a hacer efectivos los derechos y las garantías constitucionales, tanto en términos teóricos como, sobre todo, procesales.

1 De acuerdo con la teoría de la validez material que propugna el neoconstitucionalismo, para que una norma sea válida no solo necesita haber sido promulgada cumpliendo ciertos procedimientos previamente establecidos (validez formal), sino que se requiere además la coherencia sustancial con los significados de la Constitución (validez material).

## 2. Los rasgos básicos del positivismo jurídico

Para autores como Hart o Bobbio, hablar de la existencia de un único positivismo jurídico es equivocado, no porque no exista el positivismo, cuanto porque esa expresión general puede tener distintos significados potencialmente contradictorios, que pueden terminar con la defensa de tesis no necesariamente ligadas entre sí.

Hart, por ejemplo, considera que el término positivismo jurídico se puede aplicar a cinco tesis diferentes: a) la caracterización del derecho como conjunto de mandatos formulados por seres humanos; b) la distinción radical entre el derecho y la moral, o también entre el derecho que es y el que debiera ser; c) la clara distinción entre dogmática del derecho,[2] la historia del derecho[3] y la sociología del derecho;[4] d) el entendimiento que el sistema jurídico es un orden del que siempre se pueden encontrar respuestas correctas a partir de análisis lógicos, sin necesidad de tomar en cuenta principios éticos, tendencias políticas o fines sociales; finalmente e) la concepción según la cual los hechos jurídicos no se formulan en la forma en que se definen los juicios morales. Entre estas cinco tesis, el maestro inglés considera que no existe ningún vínculo indisoluble, por lo que sería posible defender una o más tesis positivistas independientemente de rechazar las demás.[5]

Entre tanto, Bobbio hace más de 40 años[6] estableció que para caracterizar correctamente al positivismo había que distinguir cuatro aspectos básicos autónomos e independientes: a) el positivismo como metodología de estudio del derecho; b) el positivismo como teoría o concepción específica del derecho; c) el positivismo o formalismo como método de aplicación o interpretación del derecho; d) el positivismo como ideología o teoría de la justicia.

2 La dogmática jurídica se entiende como el estudio del derecho vigente.

3 La historia del derecho se ocupa fundamentalmente de realizar indagaciones históricas sobre el origen del derecho vigente y sobre el derecho o los derechos del pasado.

4 La sociología jurídica es una disciplina científica encargada del estudio de las relaciones entre el derecho y otros fenómenos sociales.

5 Hart, Herbert. *El concepto del derecho*. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1963.

6 Bobbio, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo jurídico*. Milano, Edizioni di Comunita, 1965.

El *positivismo metodológico* sería, de acuerdo con el autor italiano, un método especial de estudio del derecho construido sobre la base de la distinción entre la moral y el derecho, y como consecuencia de ello de la diferenciación clara entre el derecho realmente existente y el derecho ideal, entre el derecho como hecho y el derecho como valor, o lo que es lo mismo, entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*. En ese sentido ser positivista (metodológico) significa adoptar frente al derecho una actitud *científica*, *neutra*, *no valorativa*, de tal manera que se pueda indagar sobre el derecho a partir de datos estrictamente verificables, excluyendo del análisis consideraciones de tipo teleológico o finalista.

Pero el positivismo puede presentarse también como una "teoría general del derecho". De acuerdo con Bobbio, la teoría positivista del Derecho, también llamada *positivismo teórico* o *formalismo jurídico*,[7] es una concepción doctrinal ligada a un entendimiento y defensa del modelo estatalista del derecho. Según este filósofo del derecho italiano, el positivismo teórico parte de los siguientes postulados generales:

a) El carácter estatal del derecho positivo lo que implica que toda norma positiva emana del Estado y su ejecutoridad depende de este;
b) La coactividad del derecho, esto es, el sistema de normas que se cumplen por medio del uso legítimo y monopólico de la fuerza por parte del Estado;
c) El carácter mandatario del derecho, de tal manera que solo son normas jurídicas aquellas que se estructuran como mandatos que "mandan, permiten o prohíben algo";
d) En cuanto a la teoría de las fuentes, la tesis de la supremacía absoluta de la legislación promulgada por el Parlamento; e) La concepción del ordenamiento jurídico como sistema perfecto y autorreferente carente de lagunas o contradicciones internas; y

7 Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. México, Editorial Fontamara, 2007, pp. 21-26.

e) La creencia sustentada en las tesis de Montesquieu que la actividad del jurista y particularmente del juez es una acción esencialmente lógica y declarativa, no creativa.[8]

El positivismo además puede ser concebido como una *teoría formalista de la interpretación jurídica*. La hermenéutica positivista tendría unas características propias referentes tanto al método adoptado para aplicar e interpretar las leyes, como también a la función atribuida al intérprete. Con respecto al método la hermenéutica formalista predica la preferencia dada a la interpretación lingüística, lógica y sistemática frente a la teleológica; mientras que con respecto a la función es considerada formalista o positivista toda doctrina que atribuye al juez un poder meramente declarativo de las leyes vigentes y su correlativa prohibición de crear derecho.[9]

Finalmente, según Bobbio, el *positivismo* se podría presentar ideológicamente como una *concepción formal de la justicia* denominada "formalismo ético", el cual postularía no ya lo que el derecho es, sino lo que debería ser. Para los seguidores del formalismo ético el acto justo es aquel que está conforme a la ley e injusto el que contraría al legislador. El término más común para designar esta ideología es legalismo.

En estricto sentido este positivismo ideológico o legalismo es un formalismo ético pues comparte con las teorías formalistas de la ética la afirmación que el juicio ético consiste en un dictamen de conformidad de un acto con la norma, en este caso la norma legal, donde *lo bueno* y deseable surgiría del cumplimiento del mandato legal y *lo malo* o *desviado* de su transgresión.

De acuerdo con la tesis de Bobbio no existiría una relación necesaria de causalidad entre estas cuatro formas de positivismo, y, por tanto, en opinión del jurista italiano no podrían confundirse ni menos ser asimiladas como una sola.[10] Como bien dice nuestro

8 García Máynez, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México, Editorial Fontamara, 1997, pp. 11 y 12.

9 Norberto Bobbio, *op. cit.,* pp. 32-34.

10 *Ibíd.*, p. 36.

autor, la validez o no de la metodología positivista de estudio del derecho, es independiente de la verdad o falsedad de la teoría estatalista del derecho, o de la corrección o incorrección de la teoría de la justicia y de la ética positivista.

Y en ese sentido, la metodología positivista de estudio del derecho no implica necesariamente compartir los postulados del positivismo teórico, ni este último se encuentra necesariamente ligado a una filosofía jurídica positivista o a una ideología positivista de la justicia, de tal manera que se puede defender el positivismo y ser positivista metodológico, sin asumir la teoría positivista o estatalista del derecho y sin compartir una teoría de la justicia legalista; se puede ser un positivista metodológico y teórico y no asumir necesariamente como propio el positivismo ideológico; y se puede ser las tres cosas.

Pero el positivismo en general y particularmente el formalismo ético y la teoría estatalista del derecho entraron en crisis en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. No cabe duda de que la crisis del positivismo, y la potente aparición del constitucionalismo social en Alemania e Italia especialmente, están relacionadas con la historia, las circunstancias y el comportamiento del positivismo durante la guerra. Si el positivismo, particularmente la hermenéutica formalista y de la filosofía positivista de la justicia, no hubiera dado sustento a los excesos de los totalitarismos europeos de los años 20 a 40, el positivismo hubiera permanecido como el modelo más adecuado para el análisis del fenómeno jurídico, y el iusnaturalismo hubiera seguido siendo considerado como metafísico y no científico, y como tal, destinado a su paulatina desaparición.

Sin embargo, la indiferencia del derecho positivista y su cooperación en la justificación formal de los crímenes contra la humanidad ocurridos en Europa a partir de 1933 y hasta 1945 explica perfectamente la llamada "rebelión contra el formalismo" y esa búsqueda de un sustento moral y material al derecho vigente y a la actividad de los juristas que se encarna en ciertas lecturas del constitucionalismo social europeo, que a partir de los años cincuenta del siglo pasado, se han conocido como neoconstitucionalismo,

que han *puesto de cabeza*, como dice García Máynez, citando a Hans Welzel, al positivismo.[11]

## 3. Algunas consideraciones acerca de la forma y contenido del positivismo criollo

La cultura jurídica ecuatoriana mayoritaria, anclada en el siglo XIX, está basada en una visión formalista, literalista y mecanicista de lo jurídico, en la que confluyen en una simbiosis algo extraña algunos elementos del más rígido estatalismo jurídico, con una importante dosis de formalismo ético, que es particularmente fuerte entre los jueces. Ello a su vez está unido a una muy pobre capacidad hermenéutica de los operadores de justicia, y a una dosis totalmente insuficiente de método científico aplicado al derecho. Esto da como resultado no solo una versión y una lectura totalmente subestándar del propio positivismo europeo, que hace muchos años ha dejado de aplicarse en sus países de origen; sino lo que es más grave, un derecho sin ninguna capacidad de cumplir con su función de composición social, totalmente indiferente y ajeno a la realidad política, social, económica, cultural y étnica en que se aplica.

Muestra de ello es que en Ecuador todavía existen algunos juristas tradicionales que, ajenos a una mínima comprensión del proceso histórico y social en que viven, sostienen aún la validez de la concepción formal de la justicia que identifica lo justo con lo que es conforme al texto de la ley, y en tal sentido la aplicación del derecho solo se puede dar a partir de una búsqueda del *significado de la ley* positiva estatal; pero olvidan que los operadores jurídicos prácticos y los jueces en particular, aplican estas reglas positivas a partir de una idea o principio de justicia supuestamente *amoral* que vincula lo justo con lo legal.

Sin embargo, lo cierto es que, como demostraron los seguidores del derecho libre a principios del siglo XX, en todos los casos cuando el juez toma una decisión, esta responde a una motivación

11 Eduardo García Máynez, *op. cit.*, p. 110.

interna poderosa que determina en gran medida la solución y que nada tiene que ver con el texto de la ley, y que está compuesta por el propósito práctico y los contextos sociales, políticos y económicos del caso en que se la toma.

Olvidan nuestros positivistas que hoy en día ningún jurista serio (y aquí citamos a autores positivistas tan conocidos como Ross o Bobbio) sigue creyendo que las operaciones realizadas por el juez al administrar justicia sean meramente mecánicas, esto es, basadas exclusivamente en la realización de operaciones lógico deductivas a partir de determinadas premisas legales;[12] sino que hoy en día está más que aceptado que en las decisiones judiciales se da la presencia consciente o inconsciente, manifiesta o tácita, de juicios de valor que incluyen el escogimiento del método jurídico de solución del problema.[13]

Lo que ocurre en el Ecuador —totalmente sintomático de nuestro "parroquialismo"— es que un gran porcentaje de los teóricos y prácticos del derecho, se han mantenido impermeables al propio debate entre positivismo jurídico y iusnaturalismo que se produjo en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, y que ha dado como resultado el abandono general del formalismo ético y de la concepción formal de la justicia, tal como reconoció el propio Norberto Bobbio.

En el caso de nuestro país, la adscripción entusiasta de nuestros juristas a esta versión criolla del positivismo ético generó un caldo de cultivo propicio a la debacle del Estado durante la vigencia del modelo constitucional oligárquico empresarial que nos gobernó al país desde 1994 hasta el 2006, que en gran medida es corresponsable del uso injusto de las instituciones y de la ley por la mayoría de los gobiernos de turno.

En lo teórico-dogmático una buena parte de positivistas tampoco han dejado atrás el siglo XIX. Asumen de forma totalmente acrítica las premisas generales del estatalismo jurídico y del monoculturalismo más extremo. Esto les permite aun hoy

12 Sobre el particular véase Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires, Eudeba, 1997, pp. 191-194.

13 Norberto Bobbio, *op. cit.*, pp. 34 y 35.

en pleno siglo XXI, y después de más de 20 años del comienzo de las movilizaciones indígenas ecuatorianas, seguir viviendo en un mundo donde no existe el pluralismo jurídico, así como defender la idea decimonónica de Nación Católica como si estuviéramos todavía gobernados por García Moreno.

Esta miopía histórica y social también les permite defender la tesis del monopolio y de la supremacía absoluta de la ley en el sistema de fuentes. Con esta actitud desconocen la crisis del sistema parlamentario racionalizado en el mundo entero y la irrupción, de la mano de la globalización, de sistemas jurídicos vigentes y válidos ajenos a la realidad normativa del Estado legislativo decimonónico como son la *lex mercatoria* internacional, los derechos derivados de los distintos procesos de integración regional, los derechos de la gente en movimiento desarrollados a partir de los intensos procesos migratorios globales, o el propio derecho de los pueblos indígenas.[14]

Solo el desconocimiento de tal magnitud de las realidades sociales, políticas y jurídicas contemporáneas permite defender el principio de monopolio de la ley y la supremacía del legislador como único responsable del proceso de creación del derecho y, por tanto, son posiciones teóricas que no soportan la más mínima comprobación científica.

Este legalismo ético, el estatalismo jurídico radical y el *fetichismo legal* descritos por supuesto no son gratuitos; obedecen a la necesidad imperiosa de sostener y justificar la permanencia de un statu quo jurídico y político a partir de un supuesto objetivismo y neutralidad de la *ciencia* del derecho.

Finalmente, ese acercamiento acrítico a la teoría positivista del derecho les ha impedido a nuestros juristas ver el nuevo contexto en el que se desarrollan las relaciones entre la legislación y la jurisdicción y una consideración más realista de la función aplicadora y hermenéutica del juez en la realidad, pues a pesar

14 Sobre el particular véase Sousa Santos, Boaventura de. *La globalización del derecho*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia/ ILSA, 2002; también del mismo autor "El pluralismo jurídico y las escalas del Derecho". *Sociología jurídica crítica*. Madrid, Editorial Trotta, 2009, pp. 75 a 80.

de lo que digan los detractores del supuesto activismo judicial y judicialismo actual, en los hechos, y más allá de lo que actualmente dice la Constitución de Montecristi sobre el valor del precedente judicial, nuestros jueces crean derecho directa y obligatoriamente aplicable desde el momento en que se desarrolló la teoría de los fallos de triple reiteración en la justicia ordinaria y esto contradice en el plano fáctico cualquier intención o manifestación de conservar intacta la teoría legalista de las fuentes del derecho.

No hay que olvidar aquello que no recuerdan los positivistas ecuatorianos: el objeto de la ciencia del derecho es precisamente el derecho vigente, es decir, el derecho emanado del texto constitucional de Montecristi, y no cualquier otro que nunca ha existido o ha dejado de existir con ocasión de los cambios constitucionales. Aunque lo quieran desconocer algunos juristas ecuatorianos, la realidad es que la Constitución de 2008 es derecho positivo y está vigente, pues, no solo fue proyectada y discutida mediante un típico procedimiento representativo (una Asamblea proyectista),[15] sino que fue ratificada por inmensa mayoría de votos válidos por el pueblo que es el único titular indelegable del poder constituyente, este es el procedimiento que permite hablar de vigencia a cualquier jurista positivista que acoja la teoría pura del derecho de Kelsen.

## 4. El garantismo constitucional como paradigma alternativo al positivismo

El garantismo constitucional, también conocido como neoconstitucionalismo, es una nueva filosofía y cultura jurídica y una nueva teoría del derecho. En ese sentido, con este nombre se alude tanto a un modelo de Estado de derecho, como a un tipo de teoría del derecho requerida para explicar dicho modelo y también se refiere a la ideología, o filosofía política que permite justificar la fórmula del Estado constitucional de derecho.[16]

15 Sobre el concepto de asamblea proyectista y su diferencia con el poder constituyente, véase Carpizo, Jorge. "Algunas reflexiones sobre el poder constituyente". *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos*. Ed. Miguel Carbonell. México, Editorial Porrúa, 2005.

16 Prieto Sanchís, Luis. "Neoconstitucionalismo". *Diccionario de derecho constitucional*. México, Editorial Porrúa, 2005, pp. 420-423.

En cuanto *modelo de Estado*, como dice Prieto Sanchís siguiendo a Fioravanti, el neoconstitucionalismo es el resultado de la convergencia de las dos tradiciones constitucionales clásicas, aquella que concibe a la Constitución como documento jurídico, una norma, que asegura la autonomía del individuo frente al poder del Estado[17] (versión norteamericana), y la que concibe a la Constitución como un mero documento o programa político de transformación social (versión europea).

El neoconstitucionalismo entonces, como teoría del Estado funde elementos de estas dos tradiciones jurídicas originalmente contrapuestas: fuerte contenido material con forma normativa y garantía jurisdiccional de esa normatividad.

En tanto *teoría del derecho*, el neoconstitucionalismo es profundamente crítico con varios postulados básicos del positivismo teórico: a) el carácter estatal del derecho positivo; b) la teoría positivista de las fuentes y su identificación del derecho con la ley; c) el axioma según el cual el ordenamiento jurídico es un sistema carente de contradicciones internas; d) la creencia en la actividad estática lógica y declarativa del juez. Por otra parte, mantiene intactos y comparte otros postulados fundamentales del positivismo: i) la coactividad del derecho; ii) su estructura y carácter imperativo.

Finalmente, en cuanto ideología de la justicia, el neoconstitucionalismo solo se puede entender como reacción ética a los abusos del positivismo en tiempos del fascismo, y como tal se separa de forma radical de la filosofía política del positivismo que al considerar justo el derecho por el solo hecho de serlo, posibilitó el avance y los resultados del totalitarismo. En ese sentido, comparte con el iusnaturalismo la búsqueda ética de la validez material de las normas, y la consideración de la *materialidad* y del *denso contenido normativo* de la Constitución,[18] lo cual permite a los autores

17 La Constitución en esta primera versión tiene como función asegurar la autonomía del individuo frente a un Estado capaz, como demostró la historia europea, de llevar a la población a la catástrofe humanitaria fascista.

18 Algunos detractores del neoconstitucionalismo creen que a pesar de su indefinición teórica el neoconstitucionalismo es simplemente la reedición contemporánea e históricamente cíclica de la teoría del derecho natural, por tanto tan antigua como esta, que comienza a desarrollarse en Europa en la Edad Media y florece en los siglos XVII y XVIII.

neoconstitucionalistas insistir, siguiendo a Leibniz,[19] que el derecho vale y, consecuentemente, obliga no solo porque lo haya expedido el legislador atendiendo un procedimiento previamente establecido, sino en tanto en cuanto tiene un contenido material justo. A su vez participa de algunas ideas positivistas como la identificación del derecho con el derecho positivo vigente, la distinción entre la moral y el derecho positivo, y la consideración de la Constitución como una norma jurídica directamente aplicable.

Estas similitudes y diferencias entre neoconstitucionalismo y positivismo son las que en última instancia permiten entender el fenómeno de "constitucionalización del ordenamiento jurídico" y la caracterización del Estado contemporáneo como un Estado constitucional de derecho donde:

a) El Estado tiene una nueva finalidad material: la garantía efectiva de los derechos de las personas;
b) La Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento por encima de la ley;[20]
c) La Constitución en este tipo de Estado es norma jurídica directamente aplicable, sin que se requiera de desarrollo normativo secundario;
d) La omnipresencia de la Constitución en todas las esferas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes;
e) La coexistencia de valores tendencialmente contradictorios en lugar de homogeneidad ideológica;
f) El reforzamiento del papel del juez frente al resto de funciones estatales y particularmente frente a la antigua autonomía del legislador, pues se asigna a la jurisdicción

19 Leibniz creía que hablar de derecho justo era un pleonasmo, y de derecho injusto una contradicción.

20 Lo que implica que la legalidad se transforma en un mero componente de la constitucionalidad con todas sus consecuencias. A partir de la aparición del Estado constitucional los parlamentos, y en el caso ecuatoriano la Asamblea Nacional, no podrán extender sus competencias en detrimento del poder constituyente ni restringirlas en beneficio del poder reglamentario que tiene el Ejecutivo.

una función directa de garantía de los derechos de las personas y de creación de derecho;[21]

g) Se produce, además, un cambio sustancial en la forma de hacer los juicios de validez de las normas jurídicas: para que una norma sea válida no solo necesita haber sido promulgada cumpliendo ciertos procedimientos previamente establecidos (validez formal), sino que se requiere además la coherencia sustancial con los significados de la Constitución (validez material);

h) Toda esa nueva institucionalidad es garantizada por un organismo autónomo y especializado, el Tribunal o Corte Constitucional, cuya principal función es asegurar la supremacía e indemnidad de la Constitución.

Si hacemos un examen analítico de cada una de ellas tenemos: en cuanto a la supremacía de la Constitución, su carácter de norma jurídica directamente aplicable y la tendencia a la constitucionalización total del ordenamiento son claramente una concreción de la teoría positivista del derecho y un desarrollo obvio de la tesis de la separación entre derecho y moral, con la única diferencia que el lugar que antes ocupaba la ley en el sistema jurídico, hoy día lo ocupa la Constitución, hasta el punto que algunos autores plantean con razón, la sustitución de la teoría de la soberanía del Estado como fundamento de legitimidad del derecho vigente, por la tesis de la soberanía de la Constitución.[22]

En lo que atañe a la finalidad del Estado vinculada a la garantía efectiva de los derechos de las personas, y la transformación del concepto y el juicio de validez de las normas a partir de la necesidad

21 Los jueces dejan de ser la boca de la ley que proclamaba Montesquieu y se convierten en verdaderos hacedores e intérpretes del derecho.

22 Recuérdese que el liberalismo clásico —en particular la teoría liberal del derecho— parte de la premisa desarrollada inicialmente por Rousseau de la existencia de la soberanía popular; soberanía que en el tránsito del liberalismo revolucionario dieciochesco al liberalismo conservador del siglo XIX se convirtió en la tesis de la soberanía nacional de Sieyes; la cual a su vez el Estatalismo liberal de fines de siglo convirtió siguiendo a Hegel en la Soberanía del Estado, que entró en crisis profunda después de la Segunda Guerra Mundial cuando el movimiento neoconstitucionalista —primero en Alemania y luego en Italia y los demás países de Europa— convirtió la soberanía de la Constitución como norma jurídica.

de coherencia sustancial con los significados de la Constitución son claramente elementos que dan sustento y permiten desarrollar el concepto de democracia sustancial propugnado por los autores neoconstitucionalistas.

Respecto a la existencia de una interpretación conforme a la Constitución, estos rasgos tienen dos lecturas: o como un desarrollo lógico del positivismo metodológico en tanto búsqueda de una interpretación apegada al texto normativo, o bien cabe una lectura con rasgos iusnaturalistas si se acepta y se pone el acento en la existencia de un orden objetivo de valores que se encontraría mediante una lectura *correcta* de la Constitución.

Finalmente, la ruptura del monopolio legislativo en la creación de las normas jurídicas y el papel preponderante del juez en la garantía de la Constitución, si bien son elementos que reflejan una ruptura con el modelo estatalista de las fuentes al desconocer el monopolio legislativo en la producción de las normas,[23] no es una característica que pueda derivarse directamente de una postura iusnaturalista del derecho, pues los seguidores del iunsnaturalismo desconfían absolutamente del juez como lo demuestra la formulación inicial del principio de separación de poderes que debemos a Montesquieu, que como todos los ideólogos del primer liberalismo revolucionario era un iusnaturalista irredento.

En definitiva, el neoconstitucionalismo no es una reedición contemporánea del viejo iusnaturalismo dieciochesco, ni una versión reformada del positivismo del siglo XIX y XX que intente responder a las críticas que desde la segunda posguerra mundial se ha hecho a esta concepción global del derecho, sino un conjunto de saberes y actitudes frente al fenómeno jurídico como una ideología y teoría jurídicas que saliéndose de la tradicional disputa

23 Si hacemos caso a eminentes autores positivistas europeos como el profesor español Ignacio de Otto en los modelos constitucionales garantistas (neoconstitucionalistas) no habría Constitución, porque a su juicio "el concepto de constitución como norma suprema presupone una determinada estructura del ordenamiento históricamente dado, donde no hay Constitución cuando creación y aplicación del derecho están unidas, por ejemplo en los sistemas de derecho judicial". Esto es obviamente una contraevidencia fáctica con el desarrollo contemporáneo del derecho constitucional, particularmente en América Latina. Véase De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona, Editorial Ariel, 1997, pp. 14 y 15.

ontológica y epistemológica entre positivismo y iusnaturalismo intenta construir un nuevo modelo de derecho y una nueva cultura jurídica pospositivista, ética y políticamente comprometidas con la positivización y la garantía jurídica de la dignidad humana encarnada en un conjunto de creencias, valores y expectativas sociales progresistas y emancipadoras representadas en los derechos humanos.[24]

## 5. Los elementos esenciales del nuevo modelo constitucional ecuatoriano

Si el neoconstitucionalismo es una metodología, una teoría y una filosofía del derecho que surge y se explica históricamente como una apertura a los derechos humanos y a los principios de justicia en reacción a los horrores fascistas, el modelo constitucional implícito en la actual Constitución ecuatoriana se entiende como una reacción humanista a los abusos del modelo constitucional autoritario y empresarial que se desarrolló en nuestro país en los últimos 20 años. No es una moda, sino la respuesta obvia a la crisis del paradigma que imperó en el país desde 1984 hasta 2006.

No hay que olvidar que el Estado empresarial que se estructuró en Ecuador, se caracterizó por una privatización progresiva de lo público; la eliminación de la identidad entre lo público y lo estatal; el reemplazo de la ley por el contrato como principal instrumento de regulación social; la sustitución del debate parlamentario que es reemplazado por el *lobby* corporativo; la incapacidad creciente del Estado de garantizar jurídicamente los derechos, y especialmente los derechos sociales,[25] lo que trajo como resultado la total desestructuración política, social y económica de la región.

Ante esta crisis, en ciertos círculos académicos y políticos se comienza a plantear la necesidad de construir un nuevo modelo

24 Sobre el particular véase Carbonell, Miguel. *La enseñanza del derecho*. México, Editorial Porrúa, 2004, pp. 9-16. También Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2003, pp. 114 a 116.

25 Montaña Pinto, Juan. "Supremacía de la Constitución y control de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008". *Corte Constitucional: Jornadas de capacitación en justicia constitucional*. Quito, 2008, pp. 109-123.

estatal posneoliberal que saque al país de la postración profunda en la que se encontraba. El modelo encontrado, que fue desarrollado ampliamente en las nuevas constituciones latinoamericanas desde 1988[26] conjuga los principales postulados del garantismo constitucional europeo, con respuestas propias e imaginativas a los retos políticos, sociales y culturales que se manifiestan en la región con ocasión de la inmensa movilización social contra la implantación del modelo de economía social de mercado.

En ese sentido, el modelo constitucional ecuatoriano de 2008 participa de los elementos del modelo constitucional postpositivista esbozados, con los siguientes elementos propios de la realidad constitucional local: a) la adopción de un modelo de democracia participativa en reemplazo de la antigua democracia representativa; b) la constitucionalización de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos; c) el fortalecimiento del papel de los jueces y la función judicial dentro de la arquitectura constitucional; d) la ampliación radical del sistema de garantías establecido en la Constitución; e) el reconocimiento al carácter multiétnico y pluricultural de las naciones latinoamericanas.

Veamos un poco más profundamente cada uno de ellos:

a) *Democracia participativa.* El primer rasgo relevante del nuevo paradigma constitucional nacional es el reemplazo del esquema de democracia inorgánica propia de la tradición clásica liberal, por un modelo de democracia participativa que sin renunciar a los instrumentos de participación propios de la democracia representativa, los complementa y los profundiza con mecanismos de democracia directa; entendiendo por democracia directa aquel sistema político donde el ciudadano participa directamente de las decisiones políticas que se toman en la sociedad, sin que exista la mediación de ningún otro agente. Efectivamente, la cultura política basada en la militancia partidista tiende

26 El proceso se inicia con la expedición de la Constitución brasileña de 1988 y se concreta en la Constitución colombiana de 1991.

a convertirse en una cultura cívica organizada en pautas y jerarquizada en valores pluralistas, transformando el concepto mismo de democracia, que ha pasado de ser una frágil democracia de partidos, a ser una democracia que podríamos denominar, como multidimensional. Todo este conjunto de transformaciones sociales e institucionales han producido la redefinición del papel de la ciudadanía en una nueva teoría democrática que aporta elementos importantes para sacar a la democracia ecuatoriana del estado de agotamiento teórico en que se encuentra, redefinición que ha llevado a algunos a hablar del fin de la equivalencia entre función pública y función estatal. De allí que como formas de expresión de la democracia participativa, las constituciones latinoamericanas más avanzadas (Brasil, Colombia, Venezuela, Bolivia) y dentro de ellas la Constitución ecuatoriana de 2008, establecieron mecanismos como el voto programático, el referéndum, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa popular, la demanda popular de rendición de cuentas, e incluso, la revocatoria del mandato de autoridades elegidas democráticamente, estas son consideradas una herejía en el contexto del constitucionalismo estatalista europeo.

b) *El papel del derecho internacional de los derechos humanos en la nueva estructura constitucional.* El segundo elemento que permite diferenciar el nuevo modelo constitucional, respecto de los paradigmas clásicos del constitucionalismo, es la constitucionalización de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos; proceso que ha conllevado importantes cambios tanto en la parte orgánica como sobre todo en la parte dogmática de la Constitución. En el plano de las transformaciones dogmáticas, encontramos en el nuevo texto constitucional dos importantes avances respecto del constitucionalismo anterior: primero, el reconocimiento de la primacía del derecho internacional de los derechos humanos frente a las

normas internas; segundo, la ampliación del catálogo de derechos, independientemente de su consagración formal. En desarrollo de este principio en las últimas constituciones latinoamericanas, incluida la ecuatoriana vigente, definen el carácter no taxativo de las declaraciones de derechos, incorporando una cláusula abierta que permite dar una protección reforzada a situaciones jurídicamente relevantes, presentes o futuras, que no obstante haber sido excluidas de la enumeración constitucional de los derechos, y debido a su conexidad con la dignidad de la persona, merecen ser garantizadas mediante su reconocimiento como derechos subjetivos, disposición que además de facilitar la adaptación de la Constitución a los nuevos tiempos, otorga a los jueces una inmensa capacidad de transformación de la sociedad por medio de la creación de nuevo derecho, función que aleja a los jueces de esa imagen de aplicadores mudos de la ley que la doctrina liberal clásica les había impuesto. Pero desde una óptica orgánica la nueva Constitución también ha introducido significativas innovaciones que afectan la estructura del Estado. La principal transformación en este sentido ha sido la institucionalización de una Corte Constitucional con funciones reforzadas, capaz no solo de constituirse en legisladores negativos, sino de crear y aplicar nuevo derecho de origen jurisprudencial a partir del desarrollo de sus competencias de intérprete supremo y autorizado de la Constitución.

c) *El nuevo rol de los jueces en el modelo constitucional.* Otro elemento que permite considerar al paradigma constitucional ecuatoriano como un aporte novedoso al constitucionalismo latinoamericano y mundial es el fortalecimiento del papel de la función judicial dentro de la arquitectura constitucional. En efecto, el rechazo al presidencialismo hipertrofiado que ha caracterizado los sistemas políticos latinoamericanos, a causa de su incapacidad de resolver adecuadamente las demandas

ciudadanas, unido a la profunda crisis que sufre el modelo parlamentario en su versión oligárquica latinoamericana ha producido un redimensionamiento de la función jurisdiccional dentro de la estructura del Estado, la cual tiene en la nueva Constitución un papel protagónico hasta ahora desconocido en la impulsión y efectivización del conjunto de las tareas estatales. En ese sentido, la asunción en la Constitución ecuatoriana del carácter normativo de la totalidad de sus disposiciones y la centralidad que ha asumido la parte dogmática de los textos constitucionales, ha llevado a la aplicación directa (sin mediación del legislador) de los preceptos constitucionales, con lo cual la jurisdicción ya no puede entenderse como la simple sujeción del juez a la ley, sino que es fundamentalmente la interpretación de su significado, y en ese sentido la ciencia jurídica ha dejado de ser mera descripción normativa para convertirse en análisis crítico del derecho vigente, es decir, interpretación del sistema normativo a la luz de los principios y valores constitucionales. Sin duda, la asunción de esas responsabilidades y competencias ha sido posible gracias a que la Constitución en lugar de regresar al modelo clásico de división de poderes, que otorgaba la preponderancia al poder legislativo por medio de su papel central en la creación del derecho positivo, ha flexibilizado de forma significativa su interpretación, de tal suerte que en nuestra región, existe la tendencia a que sean los órganos jurisdiccionales, y no el Congreso o el Gobierno, los que asumen el rol fundamental en la creación del derecho a través de su función de intérpretes de la Constitución. Esta función es particularmente importante debido a que en la mayoría de los países de la región los jueces ordinarios, antes solo preocupados de dirimir los conflictos jurídicos en sus respectivas áreas de especialidad, hoy día se han convertido en jueces constitucionales mediante el ejercicio de las competencias respecto de las garantías jurisdiccionales de los derechos.

d) *Transformación de la teoría general de los derechos.* Uno de los rasgos más interesantes del nuevo modelo constitucional ecuatoriano es la estructura novedosa del sistema de garantía de los derechos constitucionales establecido por la Constitución de Montecristi. El primer elemento que llama la atención del lector respecto de la teoría de los derechos implícita en la Constitución ecuatoriana de 2008, es la objetivación de los derechos mediante su conversión en elementos objetivos del ordenamiento, de tal suerte que ya no son únicamente límites (derechos subjetivos) al ejercicio del poder del Estado, sino que son además pilares del funcionamiento de todo el Estado. Un segundo componente, que merece atención respecto del edificio dogmático construido por la Constitución vigente en Ecuador, es la despersonalización de los derechos que implica tanto la ampliación de la titularidad y de las garantías hacia comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, como la "prosopopeya jurídica" de la naturaleza, que implica la personificación, por primera vez en la historia jurídica de occidente de un objeto inmaterial indeterminado, elemento que rompe con cualquier tradición dogmática en materia de derechos.[27] Otro elemento importante en materia de derechos que incorpora la nueva Constitución ecuatoriana es la desformalización del catálogo de derechos, reconocidos constitucionalmente, que se produce con la incorporación a la Constitución de aquellos derechos establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Además, otro avance sustantivo respecto de la teoría clásica de los derechos constitucionales es la eliminación de la distinción entre derechos individuales y colectivos, mediante la existencia de una posibilidad de ejercicio individual o colectivo de cualquiera de los derechos establecidos en la Carta fundamental.

27 Véase el artículo 10, inciso 2 de la Constitución del Ecuador de 2008.

La Constitución de 2008 también establece tanto la directa e inmediata aplicación de todos los derechos constitucionales como su plena justiciabilidad, lo que incluye su informalidad. Así mismo, otro de los elementos novedosos del nuevo esquema constitucional en materia de derechos es la eliminación de la jerarquía entre derechos que implica la plena normatividad y exigibilidad de todos los derechos incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales, y de los derechos colectivos de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas y afroecuatorianas. Todos estos principios de aplicación de los derechos son ampliados y complementados por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la cual profundiza y reglamenta estos principios cuando establece un conjunto de principios adicionales de aplicación de la justicia constitucional entre los que se destacan: la regla de la aplicación más favorable a los derechos, el de optimización de los principios constitucionales; la obligatoriedad del precedente constitucional y la prohibición de denegación de justicia constitucional, así como la aclaración necesaria del carácter vinculante de la jurisprudencia como fuente del derecho. En cuanto a la primera, se trata del mismo principio de *interpretación conforme a la Constitución*, según el cual cuando existan dos o más normas o interpretaciones que se ajusten al caso se debe escoger aquella que esté más acorde con el texto íntegro de la Constitución y que proteja mejor los derechos constitucionales. Respecto de la *optimización de los principios constitucionales*, esta consiste en que la creación, interpretación y aplicación del derecho en el ordenamiento ecuatoriano siempre deberá orientarse a conseguir materialmente la eficacia de la Constitución y particularmente de sus principios y valores. En cuanto a la *obligatoriedad del precedente*, este consiste en que los criterios hermenéuticos establecidos por la Corte Constitucional en sus dictámenes y sentencias son fuente directa

del derecho y tienen fuerza vinculante, de tal suerte que una vez establecido, la Corte solo podrá alejarse de él *argumentando de manera fuerte* las razones del alejamiento, teniendo como único límite la garantía de la progresividad de los derechos y la del modelo de Estado. En lo que atañe a *obligatoriedad de administrar justicia constitucional* de acuerdo con este principio no se puede denegar justicia constitucional alegando falta de norma, oscuridad de la ley o contradicciones entre normas o principios.

e) *El reconocimiento del carácter plurinacional del Estado ecuatoriano.* El último rasgo relevante del nuevo modelo constitucional ecuatoriano, que comparte con la mayoría de las últimas constituciones del subcontinente, es el reconocimiento del carácter plurinacional del Estado con el consecuente reconocimiento de mecanismos jurídicos para preservar y potenciar las diferencias culturales, sociales y políticas de las comunidades y pueblos étnica o culturalmente diferenciados. Es a partir de 1988 cuando, por obra de los múltiples movimientos y luchas Indígenas y de las recomendaciones hechas por Naciones Unidas, Brasil introdujo por primera vez en su ordenamiento constitucional el reconocimiento de las formas de organización social, costumbres, lenguas, creencias y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los indígenas. En toda América Latina han sobrevenido profundas transformaciones constitucionales relativas a la garantía de derechos especiales para los pueblos indígenas lo cual ha implicado un importante esfuerzo de adecuación, no solo en el plano institucional sino especialmente en relación con la propia dogmática de la Constitución que ha debido centrar sus esfuerzos en el diseño e implementación de una nueva teoría de la interpretación constitucional que, sin perder su propia naturaleza, dé respuestas adecuadas a los retos que el

reconocimiento del pluralismo étnico y cultural presenta frente a la concepción tradicional del derecho a la igualdad que han propugnado los defensores de la noción clásica del Estado-Nación, especialmente aquellos juristas positivistas que creen de manera radical en la concepción monista del derecho, y que por tanto, identifican y reducen la noción de ordenamiento jurídico al derecho positivo estatal. La principal consecuencia jurídicoconstitucional de este reconocimiento la encontramos en la modificación sustancial del sistema de fuentes, transformación que ha implicado hacer visibles y dotar de pleno valor jurídico a los distintos sistemas de derecho que coexisten y se yuxtaponen al interior de estos ordenamientos jurídicos. Así, por ejemplo, en el caso ecuatoriano, el pluralismo jurídico reconocido en beneficio de los pueblos indígenas, implica la vigencia de tres órdenes normativos o sistemas de derecho que tienen como característica el ser diferentes y complementarios:

1) La legislación general, aplicable a todos los habitantes del Ecuador, y en tal virtud a los pueblos indígenas, que en su calidad de ciudadanos gozan de todos los derechos y están sujetos a similares obligaciones de los demás nacionales;

2) La legislación especial indígena, que se ha desarrollado como una medida de discriminación positiva favorecedora del principio de igualdad, y que está compuesta por los instrumentos internacionales que versan sobre derechos de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, y por normas constitucionales, legales y reglamentarias que establecen un conjunto de derechos y garantías especiales en beneficio de los pueblos indígenas apelando a la realidad de las diferencias culturales existentes entre la cultura mayoritaria y las culturas originarias;

3) Los sistemas jurídicos propios, que como lo hemos dicho, en el caso ecuatoriano constituyen sistemas de derechos reconocidos constitucionalmente, y en esa medida aplicables en los territorios indígenas, los cuales están integrados por las normas, instituciones, usos, costumbres, procedimientos y métodos de control y regulación social propios de la tradición cultural de cada una de las nacionalidades y pueblos indígenas.

## 6. Bibliografía

Aguiló Juan. *Teoría General de las Fuentes del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 2000.

Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. México, Editorial Fontamara, 2007.

_____. *Giusnaturalismo e positivismo jurídico*. Milano, Edizioni di Comunita, 1965.

Carbonell, Miguel. *La enseñanza del derecho*. México, Editorial Porrúa, 2004.

Carpizo, Jorge. "Algunas Reflexiones sobre el poder Constituyente". *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos*. Ed. Miguel Carbonell. México, Editorial Porrúa, 2005.

De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona, Editorial Ariel, 1997.

García Máynez, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México, Editorial Fontamara, 1997.

Hart, Herbert. *El concepto del derecho*. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1963.

Montaña, Juan. "Supremacía de la Constitución y control de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008". *Corte Constitucional: Jornadas de capacitación en justicia constitucional*. Quito, 2008.

Prieto Sanchís, Luis. "Neoconstitucionalismo". *Diccionario de derecho constitucional*. Coord. Miguel Carbonell. México, Editorial Porrúa 2005.

Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires, Eudeba, 1997.

Sousa Santos, Boaventura de. "El pluralismo jurídico y las escalas del derecho". *Sociología jurídica crítica*. Madrid, Editorial Trotta, 2009.

_____. *La globalización del derecho*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia/ ILSA, 2002.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2003.

# Estatus de una Corte Constitucional: Corte de Precedentes

Diego Núñez Santamaría*

## 1. Introducción

Manuel García Pelayo afirma que los órganos constitucionales del Estado son aquellos que reciben "directamente de la Constitución su status y competencias esenciales, a través de cuyo ejercicio se actualiza el orden jurídico fundamental proyectado por la misma Constitución […]".[1] Bajo esta afirmación entendemos que el estatus de los Tribunales o Cortes Constitucionales está dado por la Constitución, pero al revisar la configuración de los órganos constitucionales a partir de experiencias de Europa y América Latina se puede ver que el estatus no es uno solo, sino que son varios. Por medio de un ejercicio hipotético,[2,3] pretendemos encontrar cuál estatus y qué configuración es la que mejor brinda legitimidad a una Corte Constitucional.

## 2. Sobre los estatus de los Tribunales Constitucionales

Es un hecho, el control constitucional ha abarcado el continente americano. A modo de ejemplo, podemos encontrar en nuestra

* Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, Pontificia Universidad Católica del Perú. En la actualidad, investigador del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador.

1 García Pelayo, Manuel. "El 'status' del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid), 1 (enero-abril, 1981): 13.

2 En esta idea tomo la afirmación de Popper acerca de que una descripción conjetural o hipotética bien puede describir la realidad. Véase Popper, Karl. *Conjeturas y refutaciones: el desarrollo del conocimiento científico*. Barcelona, Paidós, 1983, p. 152.

región casos como el colombiano, en donde la Corte Constitucional ha llegado a tener gran trascendencia en la defensa de derechos fundamentales en su país.[3] En Ecuador, se ha ido consolidando una Corte Constitucional con la cualidad de ser la máxima autoridad en interpretar la Constitución.[4] Por su lado, Costa Rica, en su Sala IV de la Corte Suprema, se ha erigido un órgano eficiente en el control del poder político.[5] En el Perú, el Tribunal Constitucional ha encontrado apreciación en la población por su trabajo de consolidación para el regreso a la democracia.[6] Con cada uno de estos ejemplos encontramos el importante lugar que ocupa el órgano de control constitucional. Mediante estos ejemplos podemos desentrañar cuáles son los estatus de los Tribunales Constitucionales tomando en consideración la función que los constituyentes les han otorgado.

### 2.1. Tribunal como garantía de norma

El estatus de los Tribunales Constitucionales ha sido ampliamente discutido en la dogmática jurídica y sin duda ha ido cambiando en

3 El activismo que la Corte Constitucional colombiana desarrolla es constante, un ejemplo es el caso de los privados de la libertad, que frente a numerosas tutelas, la Corte Constitucional resolvió que se trataba de una situación general de "estado de cosas inconstitucional" en las cárceles y exhortó al Gobierno que en un período de tiempo cese el hacinamiento carcelario. Véase Uprimny Yepes, Rodrigo. "La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos". *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 4. 6 (2007): 57.

4 Aunque la primera aparición de un órgano de control constitucional fue en la Constitución de 1945, era el Congreso mismo el que aprobaba o desaprobaba la expulsión de normas del ordenamiento jurídico. Véase Salgado Pesantes, Hernán. *Derecho constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Quito, Konrad Adenauer Stiftung, 1999, p. 15. Pero solo con la reforma 1996 se asumió un verdadero Tribunal Constitucional con la capacidad de legislador negativo, aunque era el Congreso Nacional el único autorizado para interpretar la Constitución. Véase Sánchez, Franco, Valeria Merino y Gustavo Guerra. "El proceso de reforma judicial en el Derecho Constitucional ecuatoriano". *Anuario de derecho constitucional 1998*. Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung/ CIEDLA, 1998, p. 290. Y solo con la Constitución 2008 es que la —ahora— Corte Constitucional se convierte en supremo intérprete de la Constitución. Véase el artículo 436, numeral 1.

5 Wilson, Bruce. "The Best Laid Schemes. Gang Aft A-gley: Judicial Reform in Latin America-Evidence from Costa Rica". *Journal of Latin American Studies*, 2004, pp. 517 y 518.

6 Grández Castro, Pedro P. *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Lima, Palestra Editores, 2010, 62.

el decurso del tiempo y de la filosofía del derecho. Para una primera visión, necesariamente debemos buscar un acercamiento con el creador del Tribunal Constitucional como hoy lo conocemos. Así, Hans Kelsen introduce la idea de un Tribunal Constitucional en el esquema de su concepción del derecho, es decir, que una norma es jurídica únicamente cuando tiene la fuerza para ser ejecutada.[7] Si buscamos encajar esta afirmación dentro de alguna corriente filosófica la encuadraríamos en el positivismo teórico. Esta tendencia nos explica cómo entender el derecho.[8] Derecho sería aquello que se vincula con la fuerza (en su ejercicio y organización), en otras palabras, aquellas normas únicamente producidas por el Estado (legalismo), y que imponen estándares de conducta a los ciudadanos; estas son un conjunto ordenado de normas con unidad plena y sin contradicciones (derecho como sistema).

Antes de Kelsen, la Constitución no se consideraba como norma jurídica vinculante, sino meramente programática; por tanto, era incapaz de vincular a los poderes estatales y tampoco podía limitar el abuso de la fuerza.[9] Entonces el profesor austríaco idea la Teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, y así una Constitución se torna en una verdadera norma válida y eficaz, a través de su garantía.[10] Por eso, se requiere de un órgano *ad hoc* que verifique la regularidad de la Constitución. En este primer momento el estatus del Tribunal Constitucional es el órgano que garantiza la fuerza de la Constitución, requisito *sine qua non* para considerar a la Constitución como norma jurídica.

7 En las palabras de Kelsen: "Un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución […] Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico […] es […] eficaz […] Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza […] Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza." Véase Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. México, D. F., Ediciones Coyoacán S. A., 2008, p. 143.

8 Prieto Sanchís, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México, D. F., Fontamara, 1999, pp. 13-15.

9 Gascón Abellán, Marina. *La argumentación en el derecho*. Lima, Palestra Editores, 2003, p. 16.

10 Kelsen, Hans. "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* 10 (julio-diciembre 2008): 10-11.

## 2.2. Tribunal como garante de derechos

La experiencia nos enseñó que tras la posguerra el derecho (en el que se incluyen las Constituciones) no podía ser avalorativo. Este fue un cambio frente al positivismo metodológico, que consideraba la existencia del derecho sin importar su valor moral, pues el derecho era una manifestación social.[11] Su característica partía de la neutralidad. El derecho se lo describía como un hecho, no como un valor. Así, el gran cambio se dio al incluir catálogos de derechos que incorporarían conceptos valorativos para la orientación de los fines del Estado.[12] Esto fue algo que Kelsen jamás había aceptado en su concepto de Constitución por la gran indeterminación que estos valores contienen.[13]

Desde entonces se han construido Constituciones rematerializadas,[14] que gozan de garantías jurisdiccionales, al concebir a los derechos como normas supremas. Estos deben ser observados en toda aplicación del derecho,[15] y ello implica que los derechos fundamentales se expanden e irradian todo el sistema jurídico.[16]

Con estas apreciaciones podemos afirmar que los órganos de control constitucional también tienen un estatus material de protector de derechos fundamentales, señalados en los principios sustanciales de las Constituciones. Pues su trabajo también sería la defensa de los derechos fundamentales,[17] o incluso la reivindicación de derechos inherentes a la dignidad humana, no previstos en textos normativos.[18]

11 Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, pp. 11-13.

12 Aragón, Manuel. "Control y concepto de Constitución". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 7. 19 (enero-abril 1987): 50.

13 Kelsen, Hans. "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)", *op. cit.*, p. 35.

14 Constitución material es la que "presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices) […] que es decirle al poder […] cómo ha de organizarse y […] qué es lo que […] debe decidir." Véase Prieto Sanchís, Luis. "El constitucionalismo de los derechos". *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ed. Miguel Carbonel. Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 213.

15 *Ibíd.*, pp. 213-216.

16 *Ibíd.*, p. 216.

17 Pedro P. Grández Castro, *op. cit.*, p. 62.

18 Es el caso de las cláusulas abiertas sobre derechos humanos que deberán ser justificadas por

### 2.3. Tribunal como garante de la democracia

Por otro lado, si atendemos a los debates entre constitucionalismo y democracia, los órganos de control constitucional se han considerado como paradojas a la democracia, puesto que señalan límites a la voluntad democrática. Esta relación de contradicción podría no ser cierta, más bien intentaré defender la posición de que el estatus de los Tribunales Constitucionales es —también— ser garante de la democracia.

Primero veamos la posición que asumen quienes apoyan a la democracia como derrotero. Su argumento se funda en que la participación es el derecho de los derechos.[19] Es decir que para encontrar cuáles son los contenidos de los derechos (o valores) se sigue un principio de autoridad basado en el mayoritarismo participativo; pues este tiene mayor legitimidad frente a otras formas de decisión que excluyen a la mayoría o que son encargadas a élites.[20] También debemos tomar en cuenta que entre los debates epistemológicos no existen acuerdos en cómo encontrar verdades morales, por tanto la mejor respuesta se acercaría mediante el principio de autoridad participativa.[21]

Por su parte, quienes defienden el constitucionalismo asumen la necesidad de una restricción necesaria frente a la voluntad de las mayorías. Así, por ejemplo, Kelsen defiende el control constitucional como una forma de protección para las minorías parlamentarias, pues estas tendrían la capacidad de objetar las leyes (propuestas por las mayorías) que no se adecuen a los procedimientos y contenidos constitucionales.[22] También Ferrajoli argumenta una

los Tribunales Constitucionales en su uso. Véase Brewer-Carías, Allan R. "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno". Internet. *http://www.iidpc.org/revistas/6/pdf/43_92.pdf*, p. 30. Acceso: 24 noviembre 2011.

19 Como lo afirma Waldron: "[…] las cuestiones de derecho debían ser determinadas por toda la comunidad de portadores de derechos en la sociedad, esto es, por todos aquellos cuyos derechos estuvieran en juego." Waldron, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 297.

20 *Ibíd.*, p. 296.

21 *Ibíd.*, p. 302.

22 En las palabras de Kelsen: "Asegurando la confección constitucional de las leyes y, en especial, su constitucionalidad material, la justicia constitucional es un medio de protección eficaz de

relación de límite-complemento del constitucionalismo y democracia; puesto que la Constitución, como límite al poder absoluto, impide que se desconozcan los mecanismos democráticos.[23] Stephen Holmes complementa con el postulado de que la autolimitación es necesaria para que haya una verdadera convivencia pacífica. Por eso, él defiende un marco estructural que se ubica fuera del debate democrático que solo así impediría que la voluntad autoesclavice a la población.[24]

Finalmente, parece razonable ubicar una posición intermedia. La definición que Zagrebelsky hace de democracia parece mostrar una relación simbiótica entre constitucionalismo y libertad de decisión; palabras que valen la pena citar:

> La democracia, como la concebimos y deseamos, es, dicho brevemente, el régimen de las posibilidades siempre abiertas. No basándose en certezas definitivas, aquella está siempre dispuesta a corregirse, porque excepto sus presupuestos procedimentales —las deliberaciones populares y parlamentarias— y sustanciales —los derechos de libre, responsable e igual participación política— consagrados en normas intangibles de la Constitución, hoy garantizadas por tribunales constitucionales, todo lo demás puede siempre ser nuevamente sometido a discusión.[25]

Parecería ser entonces que la democracia queda garantizada por medio de la defensa constitucional. Así podríamos decir que el

la minoría contra las invasiones de la mayoría. El dominio de la mayoría no se hace soportable sino cuando es ejercido de manera regular." Véase Kelsen, Hans. "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)", *op. cit.*, p. 43.

23 Ferrajoli, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de derecho". *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonel, Editorial Trotta, 2003, p. 19.

24 Stephen Holmes utiliza una revisión histórica para su defensa y concluye: "Aquí tal vez se encuentre una 'solución' a la paradoja de la democracia constitucional. Para conservar la voluntariedad, se debe restringir la propia voluntariedad […] El compromiso previo es moralmente permisible, siempre que refuerce la prohibición de la autoesclavización […] la obligación constitucional es un intento de impedir la posibilidad de que la nación (o cualquier generación) se venda a sí misma (o a su posteridad) como esclava." Véase Holmes, Stephen. "El precompromiso y la paradoja de la democracia". *Constitucionalismo y democracia*. Comps. J. Elster y R. Slagstad. México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 260.

25 Zagrebelsky, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Madrid, Editorial Trotta, 2010, p. 128.

estatus del Tribunal Constitucional también es ser garante de la democracia.

### 2.5. Tribunal como Juez de la Constitución

De otra manera, también tiene el estatus de ser el Juez de la Constitución, esto tiene tres implicaciones: ser el intérprete de la Constitución, correlativamente señalar precedentes (fijar líneas de interpretación constitucional) y la capacidad de dirimir conflictos de competencia. La consecuencia de estas calidades demuestra que las Cortes Constitucionales se configuran como Tribunales de Justicia.

### 2.6. Intérprete de la Constitución

En cuanto a la primera, se dice que los Tribunales Constitucionales son los supremos intérpretes de la Constitución.[26] Aquí debemos entender la importancia de la labor de los jueces, pues existe una relación necesaria entre ellos y las normas abstractas. Sin la actividad judicial una norma es simplemente un enunciado abstracto, su realidad y eficacia se garantiza en la interpretación y aplicación en un proceso judicial.[27]

Entonces, el Tribunal Constitucional tiene esta obligación de interpretar la Constitución, de convertir a la realidad las aspiraciones en ella señaladas, de hacer de la Carta fundamental un elemento vivo[28] e incluso de invocar nuevos derechos inherentes a la dignidad humana (mediante las cláusulas abiertas de derechos).

26 Manuel Aragón, *op. cit.*, p. 33.

27 Castillo Alva, José Luis. *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Lima, ARA Editores, 2008, p. 27.

28 "Cabe precisar que partiendo del carácter dinámico y sociológico de la jurisprudencia —derecho vivo— es claro, tal como lo señala el artículo 3 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que los criterios jurisprudenciales, al igual que aquellos plasmados en las normas legislativas, no permanecen inmutables; por el contrario, a través de una adecuada carga de argumentación jurídica existen técnicas que configuran la posibilidad de un alejamiento de precedentes jurisprudenciales." Ver Fundamento 29, Sentencia n.º 001-10-PJO-CC, Caso n.º 0999-09-JP.

Así lo decidió la voluntad de la población mediante sus Asambleas Constituyentes, las Constituciones han autorizado a los Tribunales Constitucionales para ser los únicos capaces de desarrollar los contenidos constitucionales. Más aún cuando evidenciamos que los enunciados constitucionales están inundados de términos con vaguedad semántica y valores abstractos, porque es en estos casos absolutamente necesaria la interpretación constitucional.[29]

### 2.7. Corte de precedentes

La segunda implicación es una consecuencia necesaria de la primera. La interpretación constitucional deberá ser seguida por todos los operadores del ordenamiento jurídico. Pero se debe tomar al precedente como una forma de transportar a la realidad la fuerza normativa de la Constitución. Es entonces, una producción del razonamiento práctico que incorpora una norma al derecho objetivo, para que sea seguido sucesivamente.[30] Y será vinculante por la jerarquía de los Tribunales Constitucionales.

En los países latinoamericanos se ha configurado el precedente constitucional de distintas maneras; así, por ejemplo, Perú[31] y Ecuador[32] han establecido que el propio Tribunal Constitucional señala cuál es el precedente vinculante y su efecto normativo; casi como legislar una regla. Mientras que en Colombia se ha establecido, asemejándose más al modelo anglosajón, que es el juez

29 Ruiz Miguel, Alfonso. "Constitucionalismo y democracia". *Isonomía,* 21 (octubre 2004): 61.

30 El precedente en el *common law* es vinculante por "su capacidad de crear Derecho objetivo pro futuro a partir del análisis de las circunstancias fácticas del caso concreto que conoce." Véase Rodríguez Santander, Roger. "El precedente constitucional en el Perú". *Estudios al precedente constitucional*. Coords. E. Carpio y P. Grández. Lima, Palestra Editores, 2007, p. 69.

31 Artículo VII.- Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Código Procesal Constitucional.

32 […] 2. La sentencia es el género que abarca varios contenidos de acuerdo a las competencias de la Corte; mientras que el precedente es la parte en la que se establece el pensamiento judicial argumentadamente construido. En la sentencia, el precedente se encuentra identificado con un acápite específico (Precedente: reglas y efectos). Esto quiere decir que lo incluido en la fundamentación obliga, respecto de las reglas y efectos de los precedentes. Resolución Administrativa n.° 0004-10-AD-CC.

sucesivo el que configura el precedente dentro del razonamiento jurídico de la sentencia.[33]

De todas formas, la virtud del precedente es que no deviene de una mera imaginación abstracta, sino que es consecuencia de un razonamiento práctico a partir de circunstancias fácticas concretas. Pues como ya nos explicó Hart, es una característica del ser humano (por tanto, del legislador) que haya dificultad en expresarse sin ambigüedades y de forma abstracta (por adelantado) por dos motivos, porque no se pueden conocer todos los hechos por anticipado y porque tampoco se pueden conocer todos los propósitos con anterioridad.[34] Los precedentes podrán no ser perfectos, pues siempre podrá existir una excepción no prevista a la regla o jurisprudencia, pero por lo menos su origen ya parte desde cuestiones fácticas reales.

Es verdad que el precedente tiene su origen en un sistema distinto (*common law*) en el que el ordenamiento jurídico está fundamentado en las bases del principio *stare decisis*, en el que todos están obligados a seguir los precedentes[35] La forma en la que se ha trasplantado esta institución ha sido diversa en América Latina, y en ciertos puntos incluso se la ha llegado a tergiversar y a utilizarlo igual que las reglas generales (y abstractas). Sin embargo, debemos entender el funcionamiento de una Corte de Precedentes.

Para ello, Michele Taruffo nos brinda una muy buena descripción de las Cortes anglosajonas. Estos organismos, *House of Lords* en Inglaterra y *Supreme Court* en Estados Unidos, tienen el deber de verificar la legitimidad —en el caso norteamericano es de constitucionalidad— de las decisiones judiciales impugnadas, pero no resuelven con atención al caso específico; a propósito del

33 En el caso colombiano Carlos Bernal Pulido muestra cómo se ha desarrollado la identificación de la *ratio decidendi*: "[…] la Corte indicó, en la sentencia SU-047 de 1999, que no es el propio juez o tribunal que ha proferido el fallo el llamado a determinar cuál es la *ratio decidendi* de una sentencia. Antes bien, la *ratio decidendi* será aquella que los jueces posteriores reconozcan en una sentencia anterior y apliquen para un caso presente." Véase Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 179.

34 Hart, H.L.A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 160.

35 José Luis Castillo Alva, *op. cit.*, p. 14. Véase también López Guerra, Luis. *El Tribunal Constitucional y el principio "stare decisis"*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 1435.

caso concreto encuentran la forma de definir la interpretación para casos futuros, estableciendo un criterio que los jueces deberán seguir en casos iguales.[36]

El precedente es entonces la herramienta para el fin principal de uniformar la jurisprudencia. Esta función está principalmente garantizada por el amplio margen de discrecionalidad que las Cortes tienen para escoger un caso para resolución, el tamiz se realiza a través del *writ of certiorari*. Este instrumento les permite a los jueces no motivar si deciden no conocer el caso, porque se considera que el precedente existente sobre el tema sigue siendo válido, y solo lo aceptarán si: quieren solucionar una cuestión novedosa de derecho, resolver conflictos de opiniones jurídicas en judicaturas inferiores y cuando crean que es necesario cambiar de posición sobre un criterio jurídico (*overruling*).[37] La consecuencia de estas características es que las Cortes resuelven pocos casos y hasta se considera que la uniformidad de la jurisprudencia es inversamente proporcional al número de precedentes emitidos; pues con pocos precedentes es coherente y fácil seguir las líneas jurisprudenciales.[38] Claro que la uniformidad es correlativa a que las judicaturas inferiores sigan eficazmente los precedentes.

El Perú parece haber configurado a su Tribunal Constitucional como una Corte de Precedente. Así lo señaló en el expediente 3741-2004-AA en el que se señalaron los casos en los cuales es necesario establecer un precedente: la divergencia de interpretaciones constitucionales, que los operadores vengan utilizando una interpretación errónea de una norma constitucional, que se constate que existe una norma manifiestamente inconstitucional con efectos generales y cuando se evidencia la necesidad de un cambio de precedente.[39]

De igual manera, Ecuador está configurando una Corte de Precedentes a través de la Sentencia n.º 001-10PJO-CC en la que ha señalado que "Ante la existencia de sentencias constitucionales

36 Taruffo, Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago de Chile, Metropolitana, 2008, p. 207.

37 *Ibíd.*, p. 209.

38 *Ibíd.*, p. 210.

39 Exp. 3741-2004-AA. Fundamento jurídico 41.

contradictorias, o ausencia de precedente constitucional en la materia, que impidan la ejecución de la misma, la Corte Constitucional, se constituye en el órgano competente para conocer sobre dicho incumplimiento y dirimir el conflicto suscitado […]." Por medio de este precedente vinculante, la Corte Constitucional ecuatoriana se posicionó como la única institución capaz de uniformar la jurisprudencia constitucional, es decir, como una Corte de Precedentes.

### 2.8. Juez de competencias

La tercera implicación se refiere a la potestad de los Tribunales Constitucionales para dilucidar conflictos de competencia. Será saludable para todo Estado constitucional, en el que existe distribución constitucional de competencias, un mecanismo para judicializar los conflictos de competencia de forma que se garantice la separación de poderes, en donde el Tribunal Constitucional será el juez natural de las competencias de los poderes públicos.[40]

### 2.9. Consecuencia como Tribunal de Justicia

Finalmente, García Pelayo nos muestra que los Tribunales Constitucionales tienen una doble posición en un Estado: son a la vez órganos constitucionales y tribunales de justicia *sui generis*.[41] Así, en su calidad de órgano constitucional, recibe directamente de la voluntad Constituyente una jerarquía fundamental[42] al ser vértice de la estructura estatal;[43] y como Tribunal se le confiere la importante función de precautelar el Estado de derecho y asegurar la distribución de poderes constitucionales.[44]

40 García Roca, Javier. *La sentencia en los conflictos constitucionales de competencia*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 20.

41 García Pelayo, Manuel. "El 'status' del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid), 1 (enero-abril 1981): 12.

42 *Ibíd.*, pp. 13 y 14.

43 Como en algún momento lo fue la Corte de Casación como vértice de la pirámide judicial. Véase Taruffo, Michele. *El vértice ambiguo*. Lima, Palestra Editores, 2005, p. 92.

44 Manuel García Pelayo, *op. cit.*, p. 15.

Cada uno de los estatus que hemos mencionado podría ser codependiente o contradictorio. Hay que revisar cuáles son compatibles o, caso contrario, cuáles deberían replantearse. Análisis que haremos a continuación.

## 3. Compatibilidad de estatus

Probablemente las Constituciones que se han adoptado en América Latina puedan ser un poco utópicas; así lo ha calificado Linn Hammergren, al decir que podrían ser exageradas las aspiraciones constitucionales.[45] A los Tribunales Constitucionales y a los poderes judiciales, se les ha encargado esta misión, no imposible pero bastante compleja, de concretar los postulados constitucionales. Para llegar a un objetivo realista tal vez sea necesario, en un primer punto, determinar qué funciones en realidad están al alcance de las manos de los Tribunales Constitucionales. Tarea harto complicada, pero si revisamos los estatus que hemos mencionado arriba, tal vez una pista podríamos encontrar.

En cuanto al estatus del Tribunal Constitucional como garantía de su eficacia normativa, es una cualidad que estará presente en todas las demás calidades. Pues será necesario que la Constitución sea efectivamente una norma vinculante para que pueda realizar cualquier función. Claro que junto a esta función deberá acompañar la capacidad de disponer de la fuerza pública para el cumplimiento de ciertos mandatos constitucionales. De igual forma, es un estatus constante el hecho de que los Tribunales Constitucionales son órganos constitucionales y tribunales judiciales sui generis. Aunque este último lo describiremos más adelante.

45 Así observa Linn Hammergren cuando menciona: "Como apuntan los observadores (Wilson *et al.*, 2005), las ambiciosas nuevas constituciones (y muchas otras leyes promulgadas con el mismo espíritu) han ubicado a la región en una situación de tener que implementar compromisos de países desarrollados con presupuestos de países en vía de desarrollo, y así han puesto en jaque a los poderes judiciales de encontrar el equilibrio en este desbalance." (Trad. no oficial del inglés) Hammergren, Linn. "Judicial Reform Twenty-Five Years Later: Emerging Challenges to the Presumed Model". Internet. *http://lasa.international.pitt.edu/members/congress-papers/lasa2009/files/HammergrenLinn.pdf.*, p. 14.

En la calidad de garante de los derechos fundamentales sí encontramos un problema estructural. Debemos primero configurar cómo se quiere llegar a este cometido. Una primera forma de hacerlo sería mediante la resolución de cada caso concreto en el que se hayan infringido derechos fundamentales. El interés está en la reparación de cada caso situación en particular en favor del litigante, o lo que se entendería como *ius litigatoris*.[46] Pero esta aspiración sin duda es casi imposible. Basta ver el ejemplo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el que se había considerado una gran victoria el hecho de que las personas puedan acceder directamente a un tribunal internacional para reclamar la reparación de sus derechos fundamentales; por eso se eliminó la figura de la Comisión.[47] Pero la gran demanda por justicia ha sobrecargado al Tribunal,[48] y por ello se hizo una reforma al Convenio de Roma a través del Protocolo 14 y 14 *bis*, en los que se eleva la discrecionalidad de un solo juez para declarar la admisión (o denegación) a trámite de una demanda para alivianar la carga del Tribunal.

Sin embargo, si trasladamos esta realidad a los Tribunales Constitucionales nos daremos cuenta que es casi imposible reparar cada uno de los derechos fundamentales lesionados, además que esto causaría una sobrecarga insoportable de trabajo para que lo lleve un órgano centralizado y con pocos miembros.[49] También hay que considerar que el Tribunal Constitucional normalmente funciona en la capital del país, y esto, sumado al alto nivel de argumentación que requiere un abogado bien preparado para un proceso constitucional, causa una limitación grave al servicio público de acceso a la justicia.[50]

46 Hitters, Juan Carlos. *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*. La Plata, Librería Editora Platense S.R.L., 1994, p. 131.

47 Figura que todavía funciona en la Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Internet. *http://www.cidh.org/que.htm*. Acceso: 27 noviembre 2011.

48 Ver Internet. *http://www.igadi.org/index.html*. Acceso: 27 noviembre 2011.

49 En Ecuador son 9 magistrados, en el Perú son 7.

50 Así, por ejemplo, menciona el PNUD respecto al excesivo costo de los procesos para defender derechos. "El abandono —aun voluntario— de una pretensión jurídica necesaria por motivo de su costo implica una denegación de justicia por parte del Estado." PNUD. *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia*, 2005, p. 17.

No estamos argumentando que no sea importante esta función, al contrario es la principal para que exista un verdadero Estado constitucional. Pero los Tribunales Constitucionales, realistamente, no tienen la capacidad de ejecutar esta función.

Así llegamos a la segunda forma de proteger derechos fundamentales, que se desarrollaría por medio de los precedentes constitucionales. En este sentido, los órganos centralizados de control constitucional si tienen la capacidad de fijar criterios jurisprudenciales que señalen la mejor forma de interpretar el ordenamiento jurídico en defensa de derechos fundamentales. Pero esto conlleva a que exista una relación de colaboración entre Tribunales Constitucionales y juzgados ordinarios, porque serían estos últimos, los que están ubicados en todo el territorio, los que deberían ejecutar los precedentes constitucionales y cumplir con el ideal de defensa de derechos fundamentales (justicia como servicio público).

Esta forma de proteger derechos fundamentales conjuga dos estatus mencionados en páginas anteriores. Así, los Tribunales Constitucionales serán garantes de los derechos fundamentales solo si ejercen su estatus de jueces de la Constitución, mediante la uniformación de la jurisprudencia por medio de los precedentes constitucionales; es decir, solo si se configuran como Cortes de Precedentes.

De la misma forma ocurrirá con el estatus de garantista de la democracia. Para que haya un verdadero debate democrático, será mejor que la mayoría de la población tenga las mismas posibilidades de acceso a la información y de ejercicio de sus derechos políticos, una igualdad material y no tan solo una formal.[51] Pues para que haya una verdadera igualdad política se deben garantizar los derechos de aquellos grupos vulnerables.[52] Entonces aquí tendremos una conjunción de tres estatus mencionados, como garantista de la democracia debe ser defensor de derechos fundamentales y a su vez debe actuar como Juez de la Constitución (por medio de

51 Dorado Porras, Javier. "Los derechos como garantía y como límite al multiculturalismo". *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*. Eds. F. Ansuátegui *et al*. Madrid, Dykinson, 2005, p. 71.

52 PNUD. *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia*, *op. cit*., p. 19.

precedentes); esto en lo relacionado a la parte sustancial de los procesos democráticos.

En cuanto a observador de la fase procedimental de la democracia, los Tribunales Constitucionales tienen el deber de vigilar que las competencias de los órganos constitucionales sean ejercidas regularmente, lo que se complementa con la dimensión competencial del estatus Juez de la Constitución. Incluso, se han señalado posiciones extremas en que el juez tiene la capacidad activa para fomentar la deliberación democrática, hasta con la capacidad de obligar a los sujetos políticos a un verdadero debate.[53] Estas dos funciones democráticas son eficazmente posibles a través del estatus Juez de la Constitución.

Respecto del estatus de juez constitucional, ya hemos mencionado que se conjuga con las calidades garantista de derechos y de la democracia. Y para ello, es nuestra opinión que la única manera que realice todas estas funciones es si se constituye como una auténtica Corte de Precedentes. En este sentido, no compartimos la afirmación de que los Tribunales Constitucionales deben actuar como Cortes de Casación frente a las decisiones judiciales,[54] pues tenderían a replicar los vicios de la casación.

Por ejemplo, la casación se ha desarrollado en la actualidad no como una forma objetiva de uniformar la jurisprudencia, sino como una tercera instancia que debe revisar la legalidad de cada caso concreto.[55] De esta manera, los Tribunales Constitucionales no deben contagiarse de la saturación de casos y de la incoherencia en los criterios que esta degeneración procesal ha contribuido.[56]

53 Gargarella, Roberto. "Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales". *Perfiles Latinoamericanos* (México, D. F.), 028. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (julio-diciembre 2006): 21 y 22.

54 Así, por ejemplo, lo señalan Fix-Zamudio, Héctor. *Ensayos sobre el derecho de amparo*. México, D. F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, pp. 39-41. También Castañeda Otsu, Susana Ynes. "Hábeas corpus, normativa y aspectos procesales. *Derecho procesal constitucional*, t. II. Coord. Susana Castañeda. Lima, Jurista Editores, 2004, p. 598.

55 Michele Taruffo, *El vértice ambiguo*, *op. cit.*, p. 223.

56 Incluso Taruffo, refiriéndose a la casación franco-italiana, llega a decir que: "Más bien se habla de jurisprudencia para aludir —precisamente— a un conjunto excesivo, desordenado y a menudo incoherente de sentencias, en el cual —como acontece en los shopping malls— cada uno, antes o después y con un poco de paciencia, encuentra todo aquello que le sirve (y también su contrario)." Véase Michele Taruffo, *op. cit.*, p. 221.

Seguir este ejemplo implicaría desequilibrar los conceptos jurisprudenciales y no cumplir con la uniformidad que se busca.

En cuanto a la consolidación como una Corte de Precedentes, esta inicia con la vinculación que tienen los jueces sucesivos para seguir al precedente. Si esto no es efectivo los precedentes no servirán de nada. Entonces nuestras judicaturas, de origen romano germánico, deberán descartar aquella cultura jurídica en al que consideran que la ley es la única fuente del Derecho, [57]en algunos países incluso aún superior a la Constitución.

Lo siguiente será la forma de configurar el precedente. En algunos países de Latinoamérica se ha trasplantado el uso del precedente, al haber determinado que el juez constitucional deba ser el encargado de señalar el alcance y efecto normativo del precedente. Pues con esta técnica se podría tergiversar al precedente. Como es el caso de usar al precedente como una forma libre del juez para legislar, en ciertos casos sin ni siquiera atender a las circunstancias del caso concreto del que nace el precedente; o incluso de señalar como precedente una parte de la sentencia que no es la *ratio decidendi*. Tenemos la impresión de que el precedente se ha configurado de esta manera por la cultura jurídica de la desconfianza a los jueces ordinarios que no sepan cómo utilizarlo o incluso lo lleguen a desnaturalizar la extensión del precedente.

Otra vez se repite esta desconfianza a los jueces, pues Kelsen ya lo vio de esta manera y por eso no confió en el Poder Judicial la capacidad de expulsar normas inconstitucionales del ordenamieno jurídico,[58] sino que lo encargó a un órgano ad hoc.[59] Es nuestro parecer que si en verdad queremos que funcione una Corte de

57 Tarello, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 44.

58 Cappelletti nos advierte también de esta desconfianza judicial: "[…] esta mediocridad social y profesional de los jueces (civiles) continentales ordinarios iba a convertirse en una de las razones por la que no servirían para afrontar el desafío de la revisión judicial de los actos legislativos y administrativos." Cappelletti, Mauro. "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional". Trad. P. de Luis Durán. *Revista Española de Derecho Constitucional* 6. 17 (mayo-agosto 1986): 23.

59 Hans Kelsen, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)", *op. cit.*, p. 24.

Precedentes debemos confiar que nuestros jueces, aún con la cultura jurídica que manejamos, algún día sabrán utilizar con sabiduría al precedente; como dijo el defensor del sufragio universal Louis Blanc en 1848:

> El sufragio universal está viciado en su aplicación mientras una vasta reforma social no acabe con los azotes de la ignorancia y de la miseria. Y sin embargo, ¡Dios nos guarde de pedir el aplazamiento del sufragio universal! […] El sufragio universal tiene que ser asimilado, pues es propio de esta institución perfeccionarse a medida que el pueblo se instruye, que su inteligencia se educa y que su vida política se desarrolla.[60]

También, para completar una verdadera Corte de Precedentes se necesita un amplio margen de discrecionalidad para elegir los casos a revisión. Podría entonces implementarse un *writ of certiorari* para elegir únicamente los casos que sean relevantes para dirigir el derecho objetivo.[61] Entonces los Tribunales Constitucionales ya no resolverían amparos, ni hábeas corpus, ni hábeas datas, ni acciones de incumplimiento, ni los demás procesos constitucionales que le han encargado, sino que solo escogerán aquellos que sean relevantes para que la justicia ordinaria los ejecute.

Por último, se deberá tener conciencia de que el uso del precedente se da para cuando sea estrictamente necesario. Como Taruffo mencionó, la uniformidad de la jurisprudencia es inversamente proporcional al número de precedentes emitidos. Ahora bien, debemos ser realistas, en nuestros sistemas del *civil law* no existe una cultura por seguir los precedentes. Esto implicará que en un inicio se dicten varios precedentes que sentarán las bases del ordenamiento para que funcione el precedente y que luego

60 Citado en Javier Dorado Porras, *Los derechos como garantía y como límite al multiculturalismo*, *op. cit.*, p. 72.

61 La misma opinión, pero en un plano reducido a la residualidad del amparo para cuestiones objetivo sustanciales en Rodríguez Santander, Roger. "Amparo y residualidad: las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.º2 del Código Procesal Constitucional peruano". *Justicia constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*. (Lima), 2, 1 (agosto-diciembre 2005): 130.

solo se dicten para regular una cuestión novedosa, para solucionar conflictos de interpretación o cambiar criterios jurisprudenciales.

## 4. Sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana

Mediante la sentencia constitucional n.º 003-09-SIN-CC, la Corte Constitucional aseguró su estatus como máximo intérprete del ordenamiento jurídico. En este caso se cuestionaba la constitucionalidad de los pronunciamientos del Procurador General del Estado mediante los cuales esta autoridad consideró que las tasas aeroportuarias recogidas en el Aeropuerto Mariscal Sucre por la Corporación Quiport no eran recursos públicos debido al contrato de concesión. Sin embargo, la Corte declaró la inconstitucionalidad parcial por el fondo ya que se debía interpretar que el contrato de concesión no implicaba una transferencia de dominio y, en consecuencia, las tasas aeroportuarias debían considerarse como recursos públicos.

En dicha sentencia, la Corte afirmó: "Finalmente, conforme al artículo 429 de la Constitución, la Corte Constitucional es el máximo organismo de control e interpretación constitucional. En efecto, se viola esta norma ya que el Procurador se extralimita al asumir las competencias de intérprete constitucional al no pronunciarse estrictamente sobre la 'inteligencia de la ley'." De esta manera, la Corte Constitucional ecuatoriana se aseguró la posición de Juez de la Constitución, con la facultad de uniformar la interpretación constitucional por medio de su jurisprudencia. Así, confirmó su estatus como el único organismo capaz de interpretar jurídica y vinculantemente el texto constitucional.

## 5. Conclusiones

Hemos argumentado que el estatus más completo para los órganos de control constitucional es el de ser Juez de la Constitución en la forma de una Corte de Precedentes. Incluso diríamos que el estatus de garante de los derechos fundamentales en cada caso concreto se lo debería descartar. Las Constituciones latinoamericanas

han establecido distintos estatus a los órganos de control constitucional. Sin embargo, el estatus fundamental sería el de Juez de la Constitución, por cuyo medio desempeñaría todas sus demás calidades (garante de la democracia y protector de derechos fundamentales). La mejor forma en que se puede configurar el estatus Juez de la Constitución es mediante una Corte de Precedentes, en la que su trabajo fundamental sea señalar los criterios jurisprudenciales que se seguirán en casos futuros. Esta función puede gozar de legitimidad entre los ciudadanos si es que cumple con la función de equilibrar las fuerzas políticas en favor de la democracia y de que sepa escuchar las esperanzas de la población para su efectiva protección de derechos fundamentales. Se puede ver que el Ecuador va configurando una Corte de Precedentes, capaz de ordenar el ordenamiento jurídico y de uniformar la jurisprudencia en materia constitucional.

## 6. Bibliografía

Aragón, Manuel. "Control y concepto de Constitución". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 7. 19 (enero-abril 1987): 50.

Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Brewer-Carías, Allan R. "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno". Internet. *http://www.iidpc.org/revistas/6/pdf/43_92.pdf*, p. 30. Acceso: 24 noviembre 2011.

Cappelletti, Mauro. "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional". Trad. P. de Luis Durán. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 6. 17 (mayo-agosto 1986): 23.

Castañeda Otsu, Susana Ynes. "Hábeas corpus, normativa y aspectos procesales. *Derecho Procesal Constitucional*, t. II. Coord. Susana Castañeda. Lima, Jurista Editores, 2004.

Castillo Alva, José Luis. *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Lima, ARA Editores, 2008.

Dorado Porras, Javier. "Los derechos como garantía y como límite al multiculturalismo". *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*. Eds. F. Ansuátegui *et al*. Madrid, Dykinson, 2005.

Ferrajoli, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de derecho". *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonel, Editorial Trotta, 2003.

Fix-Zamudio, Héctor. *Ensayos sobre el derecho de amparo*. México, D. F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

García Pelayo, Manuel. "El 'status' del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid), 1 (enero-abril, 1981): 13.

García Roca, Javier. *La sentencia en los conflictos constitucionales de competencia*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

Gargarella, Roberto. "Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales". *Perfiles Latinoamericanos* (México, D. F.), 028. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (julio-diciembre 2006): 21 y 22.

Gascón Abellán, Marina. *La argumentación en el derecho*. Lima, Palestra Editores, 2003.

Grández Castro, Pedro P. *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Lima, Palestra Editores, 2010.

Hammergren, Linn. "Judicial Reform Twenty-Five Years Later: Emerging Challenges to the Presumed Model". Internet. *http://lasa.international.pitt.edu/members/congress-papers/lasa2009/files/HammergrenLinn.pdf*..

Hart, H.L.A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

Hitters, Juan Carlos. *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*. La Plata, Librería Editora Platense S.R.L., 1994.

Holmes, Stephen. "El precompromiso y la paradoja de la democracia". *Constitucionalismo y democracia*. Comps. J. Elster y R. Slagstad. México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1999.

Kelsen, Hans. "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* 10 (julio-diciembre 2008): 10-11.

_____. Teoría Pura del Derecho. México, D. F., Ediciones Coyoacán S. A., 2008.

López Guerra, Luis. *El Tribunal Constitucional y el principio "stare decisis"*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.

PNUD. *Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia*, 2005.

Popper, Karl. *Conjeturas y refutaciones: el desarrollo del conocimiento científico*. Barcelona, Paidós, 1983.

Prieto Sanchís, Luis. "El constitucionalismo de los derechos". *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ed. Miguel Carbonel. Madrid, Editorial Trotta, 2007.WW

_____. *Constitucionalismo y positivismo*. México, D. F., Fontamara, 1999.

Rodríguez Santander, Roger. "Amparo y residualidad: las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.°2 del Código Procesal Constitucional peruano". *Justicia constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina* (Lima), 2. 1 (agosto-diciembre 2005): 130.

_____. "El precedente constitucional en el Perú". *Estudios al precedente constitucional*. Coords. E. Carpio y P. Grández. Lima, Palestra Editores, 2007.

Ruiz Miguel, Alfonso. "Constitucionalismo y democracia". *Isonomía,* 21 (octubre 2004): 61.

Salgado Pesantes, Hernán. *Derecho constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Quito, Konrad Adenauer Stiftung, 1999.

Sánchez, Franco, Valeria Merino y Gustavo Guerra. "El proceso de reforma judicial en el derecho constitucional ecuatoriano". *Anuario de derecho constitucional 1998*. Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung/ CIEDLA, 1998.

Tarello, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1988.

Taruffo, Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago de Chile, Metropolitana, 2008.

_____. *El vértice ambiguo*. Lima, Palestra Editores, 2005.

Uprimny Yepes, Rodrigo. "La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos". *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 4. 6 (2007): 57.

Waldron, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid, Marcial Pons, 2005.

Wilson, Bruce. "The Best Laid Schemes. Gang Aft A-gley: Judicial Reform in Latin America- Evidence from Costa Rica". *Journal of Latin American Studies*, 2004.

Zagrebelsky, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Madrid, Editorial Trotta, 2010.

## 6.1. Internet

CIDH. *http://www.cidh.org/que.htm*. Acceso: 27 noviembre 2011.

IGADI. *http://www.igadi.org/index.html*. Acceso: 27 noviembre 2011.

# Capítulo 2

## Los derechos y garantías constitucionales en Ecuador

# Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales

Jorge Benavides Ordóñez*

## 1. Introducción

En el presente escrito pretendemos acercarnos a los derechos fundamentales desde los planteamientos de la teoría general, en tal virtud los esfuerzos se concentrarán en desentrañar la función que estos cumplen en el Estado constitucional y democrático de derecho; derechos fundamentales que como se verá, corresponden a una visión axiológica que tuvo en Rudolf Smend a su principal mentor, y que se vio positivada por vez primera en la Constitución de Weimar de 1919, siendo recuperada 30 años más tarde en la misma Alemania por la Ley Fundamental de Bonn.

Así pues, en las líneas que siguen se desarrollarán cuestiones centrales de la teoría de los derechos fundamentales, tales como el efecto irradiador, la garantía de su contenido esencial, la vinculación general, la eficacia directa, así como el modo de su formulación en los textos constitucionales, poniendo especial énfasis en la doble dimensión que comportan los derechos, esto es, como pretensiones de carácter subjetivo y como principios de derecho objetivo que influencian a todo el sistema jurídico, cuestión última que será analizada por medio de la jurisprudencia constitucional comparada.

* Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; máster en Derecho Constitucional y máster en Filosofía y Cultura Moderna, Universidad de Sevilla, España. Diploma superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Doctorando en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla. Profesor en la Universidad de las Américas y en la Universidad de los Hemisferios; profesor invitado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y Universidad del Azuay. Autor del libro *Los derechos humanos como norma y decisión* (CEDEC, 2012). Actualmente, director ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional.

## 2. ¿Qué se entiende por derechos fundamentales?

A pesar de lo común del término derechos fundamentales su significado en el sentido que se le atribuye en el constitucionalismo de hoy, es posterior a la Segunda Guerra Mundial, sin embargo de tratarse de un término de impronta alemana *Grundrechte* que es utilizado por primera vez en la Constitución de 1848 aprobada en Frankfurt, como: "Los derechos fundamentales del pueblo alemán".[1] Asimismo se afirma que el término derechos fundamentales alcanza relevancia en Alemania, de manera particular con la Constitución de Weimar de 1919, destacando además, que se trata de una expresión que aparece en Francia hacia 1770 como *droits fondamentaux*.[2]

Avanzando hacia una delimitación de dicho concepto tenemos a Pedro Cruz Villalón, para quien los derechos fundamentales nacen con la Constitución moderna, o lo que es lo mismo, los derechos fundamentales aparecen con las constituciones decimonónicas, subrayando de tal modo su carácter histórico, lo que no le impide señalar que en los actuales contextos los Tratados Internacionales de protección de los derechos humanos forman parte también de dicha regulación.[3]

1 Pérez Royo, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 11.ª ed., 2009, p. 208.

2 Pérez Luño, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid, Tecnos, 10.ª ed., 2011, p. 25.

3 Por ello, el profesor español señala como para el Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo realmente importante no es la constitucionalización en sí misma de los derechos, ya que, lo que le importa al Convenio es que el ordenamiento jurídico interno los proteja en su conjunto, siendo entonces la constitucionalización un asunto interno de los Estados, tomado más por "motivos prácticos", así en su contenido los derechos fundamentales no se diferencian de los derechos del Convenio Europeo. Cruz Villalón, Pedro. "Formación y evolución de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25 (1989): 42. Sobre la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos en América Latina, véase el trabajo de Montaña Pinto, Juan. *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*. Quito, Corte Constitucional del Ecuador/ CEDEC, 2012, pp. 57-63. De ahí que sea recurrente la consideración de que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados internamente por los Estados.

De tal modo que podemos entender por derechos fundamentales a aquellos derechos subjetivos que le son propios a la persona en cuanto tal, que por la importancia de los bienes jurídicos que representan, tienen reconocimiento constitucional, de ahí que de dicho reconocimiento se derivan consecuencias de tipo jurídico, tales como la tutela judicial efectiva y el contenido esencial.[4]

Con estos antecedentes, seguidamente haremos una suerte de repaso histórico a partir de la segunda década del siglo XX, debido a que ahí se sitúa la aparición de los derechos en su dimensión axiológica.

## 3. Los derechos fundamentales como derechos valor

Desde la teoría constitucional nos llegan voces que informan de un ligero grado de superación de los derechos públicos subjetivos[5] en el proceso constituyente de Weimar, así por ejemplo para E. W. Bockenforde, en Weimar empieza una fuerte reflexión sobre los derechos fundamentales, resaltando como para algunos de los tratadistas de ese entonces, los derechos fundamentales eran concebidos como derechos preestatales que el Estado se limitaba a reconocer y que, por tanto, no estaban sujetos a disposición legislativa alguna; en tanto que para otros eran observados como la regulación de un sistema cultural y de valores forjados nacionalmente, con el que la comunidad guarda conformidad y sirve de base legitimadora del orden jurídico positivo.[6]

Se debe señalar también el hecho de que en la Carta de Weimar, se consagran una serie de derechos que no habían sido observados anteriormente, es decir ya no se contempla en exclusiva los

4 Por ello, coincidimos con Pedro Cruz Villalón en señalar a la tutela judicial y al respeto del contenido esencial por parte del legislador como las dos características que representan a los derechos fundamentales. Véase Pedro Cruz Villalón, *op. cit.*, p. 39.

5 Eran concebidos por la Escuela del Derecho Público Alemán del siglo XIX como producto de la autolimitación del Estado, es decir como resultado de la concesión estatal a los individuos. Véase al respecto mi trabajo *Los derechos humanos como norma y decisión*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador/ CEDEC, 2012, p. 77-82.

6 Bockenforde, Ernst-Wolfang. *Escritos de derechos fundamentales*. Baden-Baden, Nomos, *Verlagsgesellschaft*, 1993, p. 97.

derechos de libertad, sino que además se observan prerrogativas de carácter económico-social —situación que después generó conflictividad respecto a su eficacia práctica—;[7] pero recalcamos la importancia de la experiencia alemana consiste en que en este período empieza un proceso de cambio conceptual, que llevará consigo el germen de la superación de la doctrina de los derechos públicos subjetivos, añadiendo elementos nuevos que prepararán el terreno para considerar a los derechos como categoría valor.[8]

El análisis de los derechos como valores o "teoría axiológica de los derechos fundamentales", a decir de Bockenforde, tiene su punto de partida en la teoría de la integración de Smend,[9] que se caracteriza por su concepción del Estado como una estructura dinámica en constante transformación y renovación, "para este proceso —dice Smend— que es el núcleo sustancial de la dinámica del Estado, he propuesto ya en otro lugar la denominación de integración".[10] Así la actividad dinámica es conocida por Smend como integración material[11] cuando persigue objetivos comunes, que vienen a legitimar la existencia del Estado. Estos objetivos comunes se presentan como valores, cuya realización presupone la existencia de la comunidad,[12] existiendo en tal virtud, una relación

7 Así Carl Schmitt, refiriéndose a las motivaciones ideológicas de uno de los principales participantes del proceso constituyente de Weimar F. Naumann, sostiene que este último perseguía para el nuevo Estado alemán un Estado social, es decir, no había de ser ni individualista burgués ni socialista bolchevista, pero "la Asamblea nacional de Weimar no compartió el *pathos* político de ese pensamiento", limitándose a juntar distintos derechos y diversos principios como un programa de compromisos entre una multiplicidad de facciones, sin que exista por tanto, una plena identificación de la sociedad alemana con el texto constitucional, lo que a la postre implicó su crisis. Véase Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Versión española Francisco Ayala. Madrid, Alianza, 2011, p. 168.

8 Julio Estrada, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá, Universidad Externado, 2000, p. 58.

9 E. Bockenforde, *op. cit.*, p. 57.

10 Smend, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Trad. José María Beneyto Pérez. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 63.

11 Smend distingue tres tipos de integración: la personal, la funcional y la material, afirmando "[…] que todo proceso de integración de la realidad incluye estos tres momentos y, en todo caso, se caracteriza por el predominio de uno u otro". Rudolf Smend, *op. cit.*, p. 70.

12 *Ibíd.*, p. 93.

de mutua justificación entre la comunidad y sus valores, puesto que, como lo sostiene el teórico alemán: "La condición para que los valores tengan eficacia y vida propia es la misma comunidad en que son vividos y a la que actualizan. Y viceversa, también la comunidad depende de los valores que la sustentan".[13]

Por tanto, la integración para Smend es la realidad espiritual del Estado, que implica un sentimiento común abarcante, en una suerte de conjunción de valores y sentimientos. "El Estado —dice Smend— existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y permanente reviviscencia, por utilizar aquí la célebre caracterización de la nación en frase de Renan, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día".[14]

Como se conoce Smend era opositor a las tesis del positivismo jurídico de la escuela de Viena,[15] y con ello no observaba a las normas formales de competencia como lo esencial de una Constitución, sino más bien que consideraba a los valores como el asunto nuclear de la Constitución, y esos mismos valores se hallaban representados en la Constitución con la forma de derechos fundamentales. Es decir, los derechos fundamentales como "factores objetivos" de integración de la Constitución, de ahí que podemos afirmar que es con Smend y su teoría de la integración, que se da un vuelco a la concepción de los derechos que hasta entonces se tenía, para considerarlos en adelante como derechos valor, retomando en tal sentido la impronta iusnaturalista de los derechos propia del siglo XVIII.

13 *Ibíd.*

14 *Ibíd.*, p. 63.

15 Así tenemos como Smend respecto de la teoría de Kelsen expresa: "[E]sta orientación metodológica no es más que un callejón sin salida. Al eliminar la falta de prejuicios metodológicos que caracterizaba tradicionalmente tanto la mentalidad científica como la propia metodología, ha destruido también todo lo que se había alcanzado hasta ahora. En realidad ha eliminado aquello que de positivo y negativo había conseguido la teoría general del Estado, sin permitir siquiera la posibilidad de sustitución", Rudolf Smend, *op. cit.*, p. 47. La respuesta a Smend llegó de la mano de un estudio crítico de la teoría de la integración, véase la obra de Kelsen, Hans. *El Estado como integración: una controversia de principio*. Estudio preliminar y trad. Juan Antonio García Amado. Madrid, Tecnos, 1997.

Así la influencia ejercida por la Constitución de Weimar, a pesar de su escasa duración, ya que tuvo que sucumbir ante el ascenso del régimen nazi, es manifiesta en la construcción de la concepción axiológica de los derechos. Será pues 30 años después en la misma Alemania, que con motivo de la vigencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en donde se marque el tránsito de la visión programática de los derechos de Weimar, a garantizar los derechos fundamentales en su artículo uno como: "derecho directamente aplicable", al que se verán vinculados los poderes públicos.[16]

En palabras de Hans Schneider:

> Después de las experiencias del nacionalsocialismo y de la influencia de las ideas de las potencias de ocupación aliadas, el Consejo parlamentario quiso expresar de manera inequívoca que, con la dignidad humana como valor supremo, también los derechos del hombre y del ciudadano son inviolables en su contenido esencial y obligan a todos los poderes del Estado a respetarlos y protegerlos. [17]

Estamos, por tanto, en capacidad de sostener que fue con la Ley Fundamental de Bonn y con la Declaración Mundial de los Derechos Humanos de 1948, que entra en real vigencia esa nueva concepción de los derechos como valor.

## 4. La experiencia alemana con la Ley Fundamental de Bonn de 1949

La teoría afirma como un lugar común el hecho de que cuando nos referimos a la experiencia alemana, tomemos como ejemplos paradigmáticos a su Constitución de Weimar de 1919, que como ya lo vimos dio origen a la conocida fórmula de los derechos como valor, así como a su Ley Fundamental de 1949, que con sus

16 Norma constitucional que se encuentra recogida en nuestra Constitución de Montecristi, artículo 10 número 3 que establece: "Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte."

17 Schneider, Hans Peter. "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". *Democracia y Constitución*. Trad. Joaquín Abellán. Prólogo Luis López Guerra. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 124.

disposiciones 1 y 19.2, que hacen referencia a la dignidad humana[18] y la intangibilidad núcleo esencial, respectivamente, inauguran ese "derecho fundamental de los derechos fundamentales", caracterizado por el establecimiento de principios de enorme importancia para el Estado constitucional, como son la vinculación general, la eficacia directa y el contenido esencial de los derechos, es pues, posterior a Bonn que el término derechos fundamentales cobra fuerza fuera de Alemania.[19]

Sin embargo, para poder comprender a la Constitución de Bonn, sobre todo en relación al contenido esencial, es necesario a priori, señalar brevemente las implicaciones que tuvo Weimar con sus "garantías institucionales",[20] es así como, gracias a las garantías en cuestión, los contenidos de los derechos atinentes a la burocracia, a la educación y a las iglesias, pudieron alejarse del puro principio de legalidad, entendiendo por dicho principio, la condición de la necesaria intervención reguladora del legislador para poder efectivizar su contenido,[21] es decir, los derechos fundamentales sometidos a la reserva de ley, y con ello, es el legislador quien pergeña el contenido de esos derechos.

18 El artículo 11, numeral 7, de la Constitución de Montecristi señala: "El reconocimiento de los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la *dignidad* de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

19 Pedro Cruz Villalón, *op. cit.*, p. 56.

20 Carl Schmitt aparece como el teórico que a partir de la observación de la Constitución de Weimar, diferencia a los derechos fundamentales de las garantías institucionales, así tenemos como a su consideración el hecho de que una institución esté recogida en el texto constitucional no implica *per se* que se trate por ello de un derecho fundamental, teniendo en este caso la constitucionalización la finalidad exclusiva de proteger a dicha institución del legislador ordinario. Por ello, Schmitt señala que una garantía institucional es en su esencia limitada, existe por tanto dentro del Estado y se basa en una idea de libertad limitada, frente a una noción de libertad ilimitada que poseen los derechos fundamentales para el Estado de derecho burgués, de ahí que los derechos para este último son previos a la implantación del Estado. Carl Schmitt, *op. cit.*, pp. 231-237.

21 En contrario el artículo 11, numeral 3, en su tercer inciso de nuestra Constitución afirma: "Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento."

Dicho esto, estamos en condición de abordar en el apartado que sigue el rol que desempeñan actualmente los derechos fundamentales.

## 5. ¿Cuál es la función de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico?

Para Bockenforde, una concepción actual de los derechos fundamentales se caracteriza por su doble cualificación, de tal modo que estos se conciben, por un lado, como derechos subjetivos de libertad dirigidos al Estado, del titular individual de derechos fundamentales y, por otro lado, se muestran a la vez como normas objetivas de principio (*objektive Grundsatznormen*) y decisiones axiológicas (*Wertentscheindungen*), que tienen validez para todos los ámbitos del derecho.[22]

Por su lado, Schneider dice que por principio en el Estado de derecho, no solo se fundamentan exigencias de tipo subjetivo, sino que además se normativiza en su contenido central el orden jurídico completo de la comunidad, por ello, señala como el Tribunal Constitucional Federal alemán ha sostenido en su momento como los derechos fundamentales, no aparecen solamente como derechos de defensa del ciudadano frente a la posible arbitrariedad del Estado, sino que simultáneamente son *elementos del ordenamiento objetivo*, es decir, normas jurídicas de tipo objetivo que forman parte de un "sistema axiológico" que desea tener un ámbito de validez, como decisión jurídico-constitucional fundamental para el derecho en todos sus sectores.[23]

22 Bockenforde, *op. cit.*, p. 95.

23 Schneider, *op. cit.*, p. 139. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional español sostuvo en la STC de 14 de julio de 1981 que el "doble carácter que tiene los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad de un ámbito de la existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)".

Es esta calidad doble de los derechos, es decir, de operar como derechos subjetivos individuales, y al mismo tiempo como normas objetivas,[24] lo que conlleva a criterio de Bockenforde, a un nuevo rol de los Tribunales Constitucionales, ya que, por medio de sus sentencias en materia de derechos fundamentales el Tribunal Constitucional alemán, ya no aplica solo contenidos previamente establecidos en el texto constitucional, sino que más bien muta en un órgano que lleva adelante la tarea de concretización jurídico de la Constitución.[25]

Lo dicho sobre la doble función de los derechos cobra fuerza posterior al fallo Lüth de enero de 1958, cuando el Tribunal Constitucional Federal alemán define el carácter objetivo de valor que poseen los derechos fundamentales, así como su formulación como principios. Fallo trascendente sobre el que volveremos más adelante.

Por ello, recapitulando podemos decir que el nuevo rol dual asignado a los derechos fundamentales, en su dimensión subjetiva, implica la protección de los derechos individuales de la persona, o sea los derechos clásicos de defensa de la libertad frente al Estado, si bien a este, se suman ahora la protección de las cuestiones sociales y colectivas de la subjetividad,[26] en tanto que en el plano objetivo nos estamos refiriendo a cómo esos derechos y concretamente la realización de sus contenidos permiten alcanzar los valores y principios contenidos en una Constitución, pieza clave del ordenamiento jurídico, que desde una visión de un

24 Legatarias de la doctrina objetiva de los derechos, esto es, de la tesis axiológica principalmente, que observan a las normas de los derechos en su carácter de normas objetivas, y no de pretensiones subjetivas, las mismas que reciben el contenido objetivo del fundamento axiológico de la comunidad. Véase Bockenforde, *op. cit.*, p. 57.

25 *Ibíd.*, p. 95.

26 Antonio Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, p. 21. En este mismo sentido, el profesor Pérez Royo señala que los derechos subjetivos no se agotan en los derechos clásicos de libertad, sino que se deben observar también dentro de esta categoría a los prestacionales que implican la intervención positiva del poder público, destacando por tanto, la importancia que tienen para la dignidad humana, derechos como la educación, la salud, el mínimo vital entre otros. Véase J. Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, p. 221.

constitucionalismo pleno[27] debe condicionar la legislación menor, las decisiones judiciales, así como las administrativas, las políticas públicas, en fin todas las formas de expresión del poder público en su relación con los particulares, así como en las relaciones entre particulares, o eficacia de los derechos fundamentales entre particulares[28] o *Drittwirkung*.

Una vez expuesta la teoría dual de los derechos, así como sus implicaciones en el Estado constitucional, debemos señalar que su papel en el orden jurídico depende de cuatro elementos que conllevan una relación entre sí: a) la fuerza vinculante; b) la institucionalización; c) el contenido; d) la estructura,[29] que significan que los derechos constituyen derecho directamente aplicable, que vincula a los poderes públicos, debiendo ser garantizado dicho carácter de modo institucional por medio de la justicia constitucional, existiendo un fuerte debate en lo que hace alusión a los contenidos y a la estructura, puesto que, solo si se conocen los contenidos como la forma de construcción de los derechos, se podrá comprender los dos primeros elementos, esto es, la vinculación y la institucionalización.[30]

## 6. El efecto irradiador de los derechos fundamentales

Como ya lo sostuvimos aparece como un criterio ampliamente difundido en la doctrina el observar al Fallo Lüth, emitido por

27 La noción de constitucionalismo pleno la tomamos de Carlos Santiago Nino, para el cual frente a dicha visión se contrapone una caracterizada por un constitucionalismo débil, preocupado esencialmente por las formas y procedimientos, y no tanto, por los contenidos axiológicos que conlleva un ordenamiento constitucional. Ver su obra *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, p. 3.

28 Como ejemplo jurisprudencial de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es decir, entre particulares, puede consultarse la Sentencia del Tribunal Constitucional español, STC 18/1984, FJ 6.

29 Alexy, Robert. "Los derechos constitucionales y el sistema jurídico". *Teoría del discurso y derechos humanos*. México, Fontamara, 2007, p. 71.

30 *Ibíd.*, p. 71. Como ejemplo de lo dicho retomamos la cita de los artículos 10 y 11 de la Constitución del Ecuador, que desarrolla los principios de aplicación de los derechos. Al respecto, véase el trabajo de Ávila Santamaría, Ramiro. "Los principios de aplicación de los derechos". *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011, pp. 57 ss.

el Tribunal Constitucional Federal alemán en 1958, como el establecimiento del efecto irradiador que cumplen los derechos fundamentales para con todo el resto de normas que conforman el sistema jurídico; es decir, se va más allá del entendimiento de las normas que contienen derechos fundamentales, como protecciones subjetivas individuales frente al Estado, es pues, la característica irradiadora una manifestación de la nueva concepción axiológica, que viene a rematerializar la visión de los textos constitucionales —como es de entender post Segunda Guerra Mundial—, así ya no son, lo más importante las normas que regulan los procedimientos y la organización de la administración pública, sino que más bien, el énfasis llega por el lado de afianzar a la parte dogmática como elemento esencial de la Constitución, puesto que, esta justifica el surgimiento del Estado, así como del ordenamiento jurídico.

De forma sucinta los hechos del caso son:[31] Lüth había solicitado de modo público que se boicoteara las películas producidas por Veit Harlan posteriores a 1945, arguyendo que el productor cinematográfico había hecho propaganda antisemítica durante el régimen nazi en Alemania, esgrimiendo como ejemplo de su afirmación la película traducida al español como Dulce Judío. Así, luego del reclamo legal efectuado por Harlan, en primera instancia el Tribunal de Distrito de Hamburgo, manifestó que Lüth debía abstenerse de realizar llamamientos al boicot contra la última película del cineasta traducida al español como "Amante Inmortal", aduciendo que dicha actitud era contraria a lo dispuesto por el artículo 826 del Código Civil alemán, yendo con ello en contra del mantenimiento del orden público. De dicha decisión, Lüth interpuso un recurso de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal, de tal suerte que el órgano constitucional señaló que dicho llamamiento al boicot se encontraba protegido *prima facie* por el artículo 5, numeral 1 de la Ley Fundamental, o sea por el derecho a la libertad de expresión. Por ello, el Tribunal Constitucional sostuvo que si bien el Tribunal de Hamburgo llegó

31 Sentencia BVerfGE 7.198. Internet. *http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf.*

a la conclusión que la actitud asumida por Lüth, contravenía al orden público, porque impedía resurgir a Harlan como cineasta, más aun cuando no había sido condenado por delito alguno y había pasado por un proceso de "desnazificación". Esta posición es pronunciada solo desde una visión exclusiva del derecho civil, es decir la magistratura inferior realizó un análisis del caso de modo aislado, sin sopesar la norma que contiene el derecho fundamental a la libertad de expresión, de modo que dicho Tribunal debía llevar adelante un análisis balanceado de los bienes constitucionales en cuestión, debiendo indicar las condiciones en que las reglas del derecho civil pueden limitar el ejercicio de un derecho constitucional. Así el órgano constitucional, luego de realizar un análisis ponderado del conflicto le dio prioridad al derecho constitucional, de tal suerte que se estableció, que en el caso el Tribunal de Hamburgo debía interpretar el artículo 826 del Código Civil que regula el orden público, de conformidad con lo establecido por el artículo 5, numeral 1 de la Ley Fundamental, referente a la libertad de expresión; en tal virtud el Tribunal Constitucional dio la razón a Lüth.

Luego de este repaso de los hechos volveremos de modo más detallado a los argumentos expresados en el presente caso por parte del Tribunal Constitucional alemán. Por ello, podemos decir que se parte de una visión liberal clásica de los derechos, esto es el "asegurar la esfera de libertad del particular frente a intervenciones del poder público, son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado".[32] Para posteriormente sostener:

> Por otro lado, también es cierto que la Ley Fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutral (BVerfGE 2,1 [12]; 5, 85 [134 y ss.,197 y ss.]; 6, 32 [40 y ss.]), sino que ha establecido —en su capítulo sobre derechos fundamentales— un *orden de valores objetivo*, a través del cual se pone de manifiesto la decisión fundamental de fortalecer el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales (Klein/ v. Mangoldt, *Das Bonner Grundgesetz*, t. III, 4, notas al Art. 1, p. 93). *La dignidad del ser humano y el libre*

32 Bockenforde, *op. cit*., p. 106.

> *desarrollo de la personalidad* (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) *forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho*; así, este sistema de valores aporta directivas e impulsos al Poder Legislativo, a la Administración y a la Judicatura. Éste influye, por supuesto, también al derecho civil; ninguna disposición del derecho civil puede estar en contradicción con él, todas deben interpretarse en su espíritu." Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán."[33] (Énfasis añadido.)

Ahora bien, del análisis del fragmento de la sentencia citado podemos colegir que es clara la intención del Tribunal, al expresar que los contenidos valorativos expresados en los derechos fundamentales deben ser observados en todas las esferas y ámbitos del derecho, por eso los derechos aparecen influenciando al ordenamiento jurídico en general, es decir, en todas sus manifestaciones. Se precisa, por tanto, la naturaleza de todo el conjunto de los derechos fundamentales como sistema de valores, que penetra la totalidad del sistema normativo y rige su interpretación, pero también, incide en el carácter valorativo de cada derecho fundamental individualmente considerado, cuyo alcance deberá ser indagado y precisado.[34]

De ahí que sea la sentencia pronunciada en el caso Lüth, la que muestre por primera vez en forma jurisprudencial la calidad dual de los derechos, esto es como facultad individual del sujeto, frente al poder público, y la innovación que en su momento concitó la idea de que los derechos fundamentales son normas objetivas, que comportan un sistema axiológico. Finalmente, es pues el "orden objetivo de valores" que implican los derechos fundamentales lo que a continuación trataremos, en cuanto al modo cómo pueden ser formulados o construidos para su consagración en la Constitución.

33 Schwabe, Jurgen. *Compilación de extractos de las sentencias más relevantes del Tribunal Constitucional Federal alemán*. Ed. Rudolf Huber. México, Fundación Konrad Adenauer, 2009. Internet. *http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf*. Acceso: 14 julio 2013.

34 Alexei Julio Estrada, *op. cit.*, p. 68.

## 7. La formulación de los derechos fundamentales como reglas, como principios, o de modo mixto

Siguiendo a Robert Alexy, diremos que existen dos modos de formular los derechos fundamentales en las Constituciones, esto es, desde una perspectiva cerrada y estricta, y otra amplia y comprensiva, así tenemos como la primera puede llamarse "construcción como reglas", en tanto que, a la segunda se denomina "construcción como principios".[35] Se debe señalar que la segunda fórmula (los derechos como principios) recoge en sus enunciados los postulados teóricos que observan a los derechos como valores o concepción axiológica, cuyo auge fue en la Constitución de Weimar, modelo que sería perfeccionado en la Ley Fundamental del 49, y que encontró eco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán con el paradigmático caso recientemente referido.

Según Alexy en la formulación cerrada y estricta, las normas de derechos fundamentales no se diferencian sustancialmente del resto de normas que integran el sistema jurídico, reconociendo por demás que al contener derechos de gran importancia se encuentran recogidos en el texto constitucional de modo abstracto, no obstante como lo señala el profesor alemán, en su construcción como reglas ninguna de las características mencionadas conlleva una diferenciación estructural, ya que al ser reglas jurídicas deben ser aplicadas de igual modo que sus pares.[36]

Sucediendo un hecho distinto, como es de entender, si nos acogemos a una formulación amplia, propia de la construcción de los derechos fundamentales como principios, esto es, entendiendo la particularidad de estas normas y con ello su diferente modo de aplicación, así como la distinta forma de resolver los conflictos que puedan surgir entre estas (subsunción para las reglas, ponderación para los principios). Por ello, es de tal importancia la distinción

35 Robert Alexy, *Los derechos constitucionales y el sistema jurídico*, *op. cit.,* p. 72.
36 *Ibíd.*, p. 72.

entre reglas y principios que, a decir de Alexy, constituye el soporte de la fundamentación iusfundamental, permitiendo encontrar por tanto alternativas de solución a controversias protagónicas en la dogmática de los derechos fundamentales.[37]

Se debe señalar que tanto las reglas como los principios son normas jurídicas, porque se encuentran en la esfera del deber ser, los dos pueden ser construidos recurriendo a formulaciones que mandan, prohíben y permiten,[38] es decir, el género es la norma y las reglas como los principios son sus especies, o como lo señala Alexy: "La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas".[39] Más adelante, el mismo autor sostiene como elemento clave de la distinción entre ambas, el hecho de observar a los principios como "mandatos de optimización", es decir que deben ser realizados en el mayor modo posible, dependiendo en dicho cometido, tan solo de las condiciones fácticas como jurídicas existentes, en tanto que por su lado, las reglas o bien son cumplidas o no lo son, es decir debe hacerse nada más que lo que dispone la regla válida, así estas actúan en el escenario de lo posible tanto fáctica como jurídicamente, existiendo en tal virtud entre ambos tipos de norma una diferencia cualitativa y no de grado.[40]

37 Gracias a la distinción —continúa el autor— entre reglas y principios, se puede llegar a establecer una teoría apropiada de los límites, así como de la colisión entre los derechos, en fin se puede determinar el rol de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. Véase Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 81.

38 *Ibíd.*, p. 83.

39 *Ibíd.*

40 *Ibíd.*, pp. 86-87. Es decir entre ambas normas existen diferencias de fondo, puesto que los principios pueden ser aplicados de modo gradual, en tanto que las reglas no gozan de esa calidad, y se aplican en todo o nada. Esto último ha dado paso a que el profesor norteamericano Ronald Dworkin sea crítico con el modelo positivista, ya que el modelo en cuestión solo observa a las normas que tienen la característica de aplicarse totalmente o no aplicarse, dejando por fuera a las directrices (objetivos sociales beneficiosos para la comunidad) y a los principios (fundados en la justicia y la equidad), ambos de singular importancia para Dworkin, aunque no compartan un mismo origen que las reglas, esto es, la regla de reconocimiento (práctica social por la que las normas que reúnen ciertas

Acerca de las diferencias entre reglas y principios —normas que al regular la convivencia en sociedad sirven a los jueces en la resolución de sus casos—, Ronald Dworkin las analiza bajo dos criterios de distinción: el primero, el criterio lógico al cual Alexy adhiere, que va en cuanto al tipo de solución que ofrecen, es decir, las reglas son aplicadas en su totalidad o no son aplicadas en la resolución de una controversia determinada;[41] en tanto que, los principios "no ostentan la estructura condicional característica de las reglas, que se compone de un supuesto de hecho y de una sanción",[42] o como lo expresa el mismo profesor norteamericano un principio es "una razón a favor de argumentaciones encaminadas en cierto sentido, pero no implica necesariamente una decisión concreta".[43]

El segundo criterio diferenciador entre reglas y principios para Dworkin es el de la importancia o "del peso específico", que se refiere al modo de aplicación de ambas normas por parte de los funcionarios judiciales, por eso "los principios tienen una dimensión de la que carecen las reglas jurídicas: la dimensión de peso específico o importancia",[44] es decir, en el caso de existir en una controversia determinada distintos principios que entren en conflicto, el juez para fundamentar su decisión tendrá en cuenta el peso específico de cada uno de los principios, de tal suerte que la decisión que el juzgador adopta "no implica —según Carlos Bernal Pulido— un juicio de valor abstracto sobre la subordinación de un

condiciones son válidas) de Hart, conviven junto a estas en cuanto a su contenido y a su fuerza argumental, siendo de gran ayuda en el encuentro de una solución adecuada en el caso de lagunas, vacíos o contradicciones que puedan existir en el ordenamiento jurídico. Véase Calsamiglia, Alberto. Prólogo. *Los derechos en serio*. Por Ronald Dworkin. Trad. Marta Guastavino. Barcelona, Ariel, 1984, pp. 9 y 10.

41 Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Prólogo de José Luis Cascajo Castro. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª ed. actualizada, 2005, p. 572.

42 *Ibíd.*, p. 573.

43 Dworkin, Ronald. "¿Es el derecho un sistema de normas?" *La filosofía del derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 84, citado por Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*, p. 573.

44 *Ibíd.*, p. 573.

principio a otro, sino solamente un juicio relativo al caso específico, en donde el principio que tenga mayor peso, determinará el sentido de la decisión".[45]

Finalmente, Antonio Pérez Luño dice que desde la experiencia de las constituciones pueden observarse tres sistemas de positivación de los derechos fundamentales: a) por cláusulas generales, o sea por medio de enunciados genéricos de valores o principios básicos como la libertad, igualdad, dignidad humana, sin hacer constar de modo explícito su sustancia; b) por medio de catálogos, es decir de disposiciones especiales que detallan el contenido de los diferentes derechos fundamentales reconocidos; c) por un sistema mixto (reglas-principios), que es observado en las constituciones que luego de enunciar grandes principios sobre derechos fundamentales, los formulan pormenorizadamente en el articulado constitucional, por medio de un catálogo sistemático de los derechos fundamentales.[46]

45 *Ibíd.*, p. 574. Al respecto Ricardo Guastini habla de una axiología móvil, es decir que no siempre un principio constitucional determinado tendrá preeminencia sobre otro; todo dependerá de las circunstancias específicas del caso. Véase Carbonell, Miguel, ed. "La Constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano". *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003.

46 Antonio Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, p. 53. Más adelante el mismo profesor coloca a la Constitución española de 1978 como un sistema de positivación mixto por tomar en cuenta postulados generales, así como normas específicas. No obstante, entiende que existen cinco herramientas de positivación, esto es como valores superiores, contenidos en los derechos fundamentales en el preámbulo del texto constitucional español, es decir una síntesis de los valores básicos a la usanza de la *Grundwerte* de la doctrina alemana. Como principios constitucionales, dirigidos a establecer una delimitación del marco político, social y económico que establecen los modos de ejercer los derechos fundamentales, ejemplo artículo 9, numeral 2 de la C.E. "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas […]". Como cláusulas generales, que establecen derechos fundamentales como tal y no como principios, y que se remiten a la ley orgánica para la definición de su alcance y contenidos, ejemplo el artículo 17, numeral 4 que regula el hábeas corpus. Como normas específicas que establecen derechos de modo detallado, sin que se requiera un desarrollo posterior por parte del legislador, ejemplo el artículo 14, que establece el derecho a la igualdad. Como normas de tutela, que sirven como lo expresa su nombre para garantizar derechos, ejemplo artículo 53, *ibíd.*, pp. 54 ss.

Es el último sistema señalado, esto es el modelo mixto (reglas[47]-principios[48] contemplado por ejemplo en el sistema español como en el ecuatoriano), el que nos falta por describir en su particularidad de operar como una suerte de síntesis de los dos modelos precedentes, de tal forma que en relación al modelo mixto que conjuga las reglas con los principios, podemos sostener que su valía radica en que recoge la fuerza vinculante de las reglas, y por otro lado, en que sostiene una suerte de sistema cerrado, es decir en la posibilidad a que siempre existen principios a los que se puede acudir, y con ello no existe caso que no pueda ser resuelto sobre la base de planteamientos jurídicos,[49] con ello "el problema de las lagunas —según Alexy— ingresa en el ámbito de lo solucionable".[50]

Una vez expuesto a grandes líneas el estado teórico de la cuestión, lo que nos interesa en este momento es establecer ¿por qué es importante el modo de formulación de los derechos fundamentales? Importa en la medida que debe guardar conformidad con el modelo de Estado pergeñado en la Constitución, es decir, ser tributario con un Estado constitucional. Esto implica que puede depender de la forma de construcción de los derechos fundamentales la existencia o no de un sistema de derechos efectivo en su cumplimiento, sin que dicha afirmación implique, el desdeñar la enorme importancia que juegan las garantías en dicho cometido.

47 Como objeciones a un modelo puro de reglas se sostiene que conllevan necesariamente a lagunas e indeterminaciones, debido a que como lo señala Alexy: "Aun en el caso de una legislación óptima y de un perfecto manejo de las reglas y formas de la interpretación jurídica, no puede garantizarse ninguna determinación y seguridad permanentes del derecho. La determinación y la seguridad del derecho son en este modelo un asunto de todo o nada". Véase Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, Gedisa, 1997, p. 166.

48 La objeción a un modelo que tenga en cuenta solo principios aduce que "su indeterminación y debilidad, contradiría exigencias irrenunciables a la seguridad jurídica" principio fundamental del modelo de reglas puro, pues se dice que inobserva la aplicación efectiva de la Constitución escrita. Entre los principales doctrinarios contrarios a un modelo basado de modo exclusivo en principios destacamos a Forsthoff. Véase Robert Alexy, *Los derechos constitucionales y el sistema jurídico*, *op. cit*, p. 168.

49 Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, p. 168.

50 *Ibíd.*, p. 168.

Por tanto, el modelo mixto de formulación que reúne a las reglas y principios, aparece como un sistema que maximiza las posibilidades de obtener resolución en los casos de conflictos entre bienes constitucionales que abstractamente tiene un mismo peso, situación ventajosa que ha sido expuesta, por ejemplo, en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de Alemania[51] y España,[52] experiencias que nos llevan a colegir la plausibilidad del modelo.

No obstante, se debe señalar que lo dicho no implica necesariamente que al seguirse un modelo mixto en la construcción de los derechos, conlleve el compromiso con una ideología determinada en la interpretación de los derechos, pues debe entenderse a la Constitución —como lo sostuvo el TC español en la sentencia 11/1981— como un marco de coincidencias lo suficientemente amplio en donde quepan opciones políticas dedistinto signo.[53] A continuación la sentencia citada[54] nos será

51 Véase, por ejemplo, BVerGE 51, 324, caso sobre la "incapacidad procesal".

52 Véase, por ejemplo, STC-171, y STC-172 de 1990, caso "Comandante Patiño I y II", respectivamente.

53 Esto no conlleva que se pase por alto la controversia mantenida por los teóricos alemanes de la "Constitución como marco" frente a la formulación de los derechos como principios, o mandatos de optimización de Alexy, en cuanto a que consideran que en el supuesto de existir un conflicto entre principios constitucionales, el legislador se vería seriamente menoscabado en su facultad de regular los derechos, ya que debería optar por la vía óptima que desarrolle en su nivel máximo a los principios en tensión, lo que da a la postre una suerte de tutelaje del Legislativo bajo la Justicia Constitucional, porque sería solamente el juez constitucional el que en caso de colisión de principios el que pudiera establecer el alcance de un principio constitucional como mandato de optimización. No obstante, para Carlos Bernal Pulido se debe observar que la tesis Constitución como marco, no se muestra incompatible con el hecho de que algunas normas constitucionales se comprendan como principios, en su sentido optimizador, ya que desde esta perspectiva "no implica que exista una única solución posible para cada caso, ni que el Tribunal Constitucional deba encontrar siempre dicha solución, ni que esta solución vincule al Legislador y le agote su espectro de posibilidades de actuación"; véase Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*, p. 585. Fundamento Jurídico 7 de la Sentencia, que puede ser consultada en López Guerra, Luis. *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 81.

54 STC 11/1981 que a decir de Manuel Medina Guerrero, se muestra como pionera en la definición de la garantía del contenido esencial, puesto que ni siquiera el Tribunal Constitucional alemán ha llegado a profundizarla tan detenidamente. Véase Medina

de gran utilidad para poder explicar la denominada cláusula constitucional del contenido esencial.

## 8. La garantía del contenido esencial de los derechos

La importancia de los derechos fundamentales para el Estado constitucional ha dado como resultado que en los distintos ordenamientos jurídicos se adopten una serie de regulaciones normativas, que propendan a garantizar su inviolabilidad. Ejemplos de lo dicho son el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn, que establece en su número 2: "Que en ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental", así también el artículo 53, numeral 1 de la Constitución española, dispone que: "Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades […]". Por su lado, el artículo 11, numeral 4 de la Constitución del Ecuador, consagra: "Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales", detallamos en ese orden porque a más de la precedencia cronológica, es sustancial la influencia ejercida por el texto germano en el ibérico,[55] así como la de este último, sobre el andino.[56]

La categoría de núcleo esencial conlleva la problemática del objeto de protección, es decir, si su objeto de protección es la norma de derecho objetivo, o la facultad subjetiva del individuo, de ahí que del primer criterio aparece la denominada teoría objetiva, la misma que se caracteriza por tener como motivo de protección a la

Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid, McGrawHill, 1996, p. 150.

55 No obstante, el profesor Luis Prieto Sanchís matiza que en la cláusula alemana no existe ninguna habilitación genérica a favor de la ley, en España el diseño constitucional autoriza a que la ley pueda inmiscuirse en todos los derechos, prescindiendo de que exista una remisión específica en la propia Constitución; así también sostiene que en el modelo alemán la cláusula está considerada solo para leyes limitadoras derechos, en tanto que, en España se extiende a cualquier intervención por parte del legislador. Véase Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2003, p. 230.

56 Sobre todo en cuestiones relacionadas con los principios de aplicación de los derechos, así como también en la regulación de la reforma constitucional.

regulación del derecho, de tal suerte que el legislador deberá respetar el contenido esencial a la hora de pergeñar los contornos de un derecho,[57] no es por tanto, el derecho subjetivo de los individuos lo que se encuentra protegido por dicha garantía, sino el derecho fundamental como instituto.[58]

Frente a dicha posición aparece la teoría subjetiva, que al contrario de aquella, pone énfasis en la esfera individual que presentan principalmente los derechos fundamentales, así estos se muestran como facultades y pretensiones consagradas en beneficio de las personas, de tal modo que la garantía no puede ser soslayada en la dimensión subjetiva,[59] no obstante lo dicho no quiere decir que no exista la posibilidad de conservar conjuntamente ambas posiciones, puesto que se debe mantener presente, que siempre cuando opera una regulación legislativa que afecte a un derecho fundamental sin importar su esfera, se deberá respetar su contenido esencial.[60]

De lo expuesto podemos sostener que nos decantamos por una posición que abarque al derecho fundamental de modo integral, es decir que observe tanto la dimensión objetiva como la subjetiva —posición que encuentra sustento en la dimensión dual de los derechos ya mencionada—, debiendo la garantía del contenido esencial aplicarse ante el Legislativo[61] cuando este, atendiendo a la reserva de ley, ejerce su facultad de creación normativa respecto de la regulación y delimitación de los derechos.

Siguiendo con el tema, debemos manifestar que el contenido esencial puede ser definido desde dos posiciones: desde una perspectiva absoluta y otra relativa, por tanto cuando nos referimos a la teoría absoluta, esta sostiene que en todo derecho fundamental se halla un 'componente sustancial' o 'núcleo duro', no disponible

57 Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 231.

58 Manuel Medina Guerrero, *op. cit.*, p. 157.

59 Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 231.

60 *Ibíd.*

61 El profesor Prieto Sanchís va más allá al señalar que se trata de una técnica exclusiva frente al legislador, por tanto, sostiene que no opera de modo directo en los casos específicos de aplicación individual. Véase Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 232.

ante cualquier injerencia del poder público, aun cuando dicha intromisión persiga un fin legítimo y sea producto de una aplicación estricta del principio de proporcionalidad.[62]

En la otra orilla tenemos a la teoría relativa del contenido esencial, para la cual el contenido de un derecho se vería menoscabado cuando el derecho sufre una restricción superior a la requerida para lograr el fin que motiva la limitación,[63] tesis a la que se puede equiparar sustancialmente la obligación de justificación con el contenido esencial, de tal suerte que para ella no tiene sentido buscar el núcleo duro para cada derecho fundamental, sino que el contenido es más bien fruto de una argumentación que se produce ante un escenario de colisión entre derechos; por tanto, el contenido esencial vendría a ser lo que queda del derecho luego de aplicar la técnica de la ponderación.[64] También podemos definirlo, siguiendo a Manuel Medina Guerrero, como aquella parte del derecho que empieza cuando el límite deja de ser proporcionado.[65]

De ahí que lo óptimo sea tomar posición por un modelo que recoja ambas interpretaciones, que en resumidas cuentas se sintetiza en que toda limitación a un derecho fundamental debe conllevar la debida justificación, debiendo respetar además, en todos los casos su contenido esencial,[66] y es esta interpretación la que ha sido acogida por la justicia constitucional española. Llegado

62 Manuel Medina Guerrero, *op. cit.*, p. 149. Como observaciones a una formulación absoluta de los derechos fundamentales, Prieto Sanchís sostiene que se trata de una protección innecesaria, puesto que si los derechos tienen un carácter constitucional, mal podría la ley lesionarlos; por otro lado, al centrarse en la dimensión de lo esencial, se puede llegar a presumir la legitimidad de cualquier irrupción en la parte periférica del derecho, aun cuando esta no se encuentre justificada y, finalmente, que es incompatible una teoría absoluta con una construcción de los derechos fundamentales como principios, ya que para esta no se puede hablar de derechos absolutos. Véase Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 233.

63 Manuel Medina Guerrero, *op. cit.*, p. 147.

64 Más adelante el autor español encuentra una objeción a este planteamiento, pues considera que llevado a extremo la cláusula del contenido esencial, podría conllevar el total sacrificio del derecho, concretamente en los casos en que la medida legislativa aparezca como completamente justificada en aras de proteger un bien constitucional. Véase Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 233.

65 Manuel Medina Guerrero, *op. cit.*, p. 147.

66 Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 233.

a este punto, nos referiremos a la sentencia constitucional 11/81 relativa al derecho de huelga,[67] que en sus fundamentos jurídicos 7 y 8 establece el concepto del contenido esencial, para ello el Tribunal parte de dos nociones del contenido esencial (F.J.8), una que arranca de "la naturaleza jurídica o el modo de concebir o configurar o de cada derecho", que es considerado como anterior al instante en que el legislativo lo regula, de tal suerte que: "Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo". Constituyen así el contenido esencial —prosigue el Tribunal— las facultades que hacen al derecho subjetivo reconocible, sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo de derecho, y por tanto, pasa a convertirse en otro, lo que conlleva su desnaturalización.

La otra posición parte de la idea de los "intereses jurídicamente protegidos". "De este modo —dice el Tribunal—, se rebasa o desconoce, el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección". Lo interesante es que a criterio del Tribunal, los métodos expuestos para definir el contenido esencial de los derechos "no son alternativos ni menos todavía antitéticos", sino que pueden tenerse "como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido de cada derecho pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse", en tal sentido, lo anotado apunta a la necesidad de la protección real y efectiva de los intereses jurídicos que dan vida al derecho.

De las definiciones expresadas es claro y manifiesto que el contenido esencial establece una vinculación para el legislador, ya hemos dicho, que se trata de una teoría dirigida a establecer

67 Vale decir que del fallo en cuestión tan solo nos referiremos a la definición del contenido esencial que hace el Tribunal Constitucional, y no abarcaremos los demás asuntos abordados por el mismo, por que hacerlo iría más allá del tema objeto del presente trabajo. Para consultar la sentencia, véase Luis López Guerra, *op. cit.*, pp. 67 ss.

un control sobre el legislativo en su actividad regulativa de los derechos, que implicaba que aquel no podía con motivo de su tarea, lesionar el contenido nuclear de los derechos, caso contrario su obra sería objeto de revisión constitucional, por medio de una acción de inconstitucionalidad.

Por ello, el contenido esencial de los derechos fundamentales es una institución clave para el Estado constitucional, porque se constituye en un límite para el legislador ordinario, en aras de la protección de las libertades y garantías ciudadanas. Sin embargo, lo dicho no implica necesariamente la creencia en la existencia de un legislador democrático que actúe como una especie de enemigo de los derechos, simplemente señalamos la conveniencia del establecimiento de ciertas cautelas constitucionales como el contenido esencial, observado por primera vez en el ya varias veces referido artículo 19, numeral 2 de la Ley Fundamental de Bonn,[68] y contemplado también por nuestra Constitución en el artículo 11, numeral 4, bajo la fórmula: "Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales".

En conclución, el efecto irradiador, la vinculación general, la eficacia directa y la garantía del contenido esencial aparecen como "el derecho de los derechos" en la medida de que dichas características hacen posible que hablemos de derechos fundamentales, o lo que es lo mismo, la inexistencia de aquellas conllevaría que hablemos de cualquier otra categoría, pero no de derechos fundamentales en un Estado constitucional y democrático de derecho.

68 Disposición constitucional que, según Peter Haberle, se trata de una "norma constitucional vacía", pues cumple una función meramente declarativa de principios que ya han encontrado expresión en la Constitución, lo que no implica por otro lado, el desdeñar el interés que comporta dicho artículo en aras de la seguridad jurídica, ya que el legislador será más proclive a vulnerar principios constitucionales aislados, que violar una norma constitucional con un mandato expreso. Véase Fernández Segado, Francisco. Estudio preliminar. *Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Por Peter Haberle. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid, Dyckinson S.A., 2003, p. LVI.

## 9. Bibliografía

Alexy, Robert. "Los derechos constitucionales y el sistema jurídico". *Teoría del discurso y derechos humanos*. México, Fontamara, 2007.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, Gedisa, 1997.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

Ávila Santamaría, Ramiro. "Los principios de aplicación de los derechos". *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011.

Benavides Ordóñez, Jorge. *Los derechos humanos como norma y decisión*. Quito, Corte Constitucional del Ecuador/ CEDEC, 2012.

Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Prólogo de José Luis Cascajo Castro. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª ed. actualizada, 2005.

Bockenforde, Ernst-Wolfang. *Escritos de derechos fundamentales*. Baden-Baden, Nomos, Verlagsgesellschaft, 1993.

Calsamiglia, Alberto. Prólogo. *Los derechos en serio*. Por Ronald Dworkin. Trad. Marta Guastavino. Barcelona, Ariel, 1984.

Cruz Villalón, Pedro. "Formación y evolución de los derechos fundamentales". *Revista Española de derecho constitucional*, 25 (1989).

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona, Ariel, 1984.

Fernández Segado, Francisco. Estudio preliminar. *Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Por Peter Haberle. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid, Dyckinson S.A., 2003.

Guastini, Ricardo. "La Constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano". *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003.

Julio Estrada, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá, Universidad Externado, 2000.

Kelsen, Hans. *El Estado como integración: una controversia de principio*. Estudio preliminar y traducción de Juan Antonio García Amado. Madrid, Editorial Tecnos, 1997.

López Guerra, *Luis. Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales.* Madrid, McGraw-Hill, 1996.

Montaña Pinto, Juan. *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano.* Quito, Corte Constitucional del Ecuador, CEDEC, 2012.

Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional.* Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993.

Pérez Luño, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales.* Madrid, Tecnos, 10.ª ed., 2011.

Pérez Royo, Javier. *Curso de derecho constitucional.* Madrid, Marcial Pons, 11.ª ed., 2009.

Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales.* Madrid, Trotta, 2003.

Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución.* Versión española Francisco Ayala. Madrid, Alianza, 2011.

Schneider, Hans Peter. "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". *Democracia y Constitución.* Prólogo Luis López Guerra. Trad. Joaquín Abellán. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Schwabe, Jurgen. *Compilación de extractos de las sentencias más relevantes del Tribunal Constitucional Federal Alemán.* Ed. Rudolf Huber. México, Fundación Konrad Adenauer, 2009. Internet. *http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf.*

Smend, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional.* Trad. José María Beneyto Pérez. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

### 9.1. Jurisprudencia

BVerfGE 7.198/1958. Tribunal Constitucional Federal alemán.

BVerGE 51, 324. Tribunal Constitucional Federal alemán.

STC 11/1981. Tribunal Constitucional español.

STC-171/1990. Tribunal Constitucional español.

STC-172/1990 Tribunal Constitucional español.

# El Estado constitucional de derechos y las garantías constitucionales

Pablo Alarcón Peña*

El sistema constitucional ecuatoriano evidencia desde su normativa constitucional una serie de avances importantes relacionados principalmente con las garantías constitucionales, sean estas normativas, jurisdiccionales o institucionales. Aquello obedece principalmente a un cambio sustancial en el modelo de Estado asumido por el Ecuador a partir de la Constitución de la República de 2008. Bajo esa consideración resulta imprescindible tener como referente central del presente estudio a los efectos que ha traído el nuevo modelo de Estado ecuatoriano respecto de las garantías constitucionales.

Como consecuencia de dicho análisis, se podrá advertir de manera transversal la evolución de las garantías constitucionales en el marco jurídico ecuatoriano, su transformación en relación con sus similares previstas en la Constitución política de 1998 y el rol que ha desempeñado la Corte Constitucional ecuatoriana como máximo órgano de interpretación y control constitucional desde la vigencia de la Constitución 2008.

El 20 de octubre de 2008, producto de un proceso constituyente inédito en la experiencia constitucional ecuatoriana, el pueblo del Ecuador aprobó una nueva Constitución de la República sustituta

* *Baccalaureus Artium* y abogado, Universidad San Francisco de Quito; diploma superior y magíster en derecho con mención en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Doctorando en Derecho (PhD), Universidad Andina Simón Bolívar 2011-2016. Docente de posgrado del área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador y Universidad de Especialidades Espíritu Santo de Guayaquil. Asesor de Presidencia de la Corte Constitucional del Ecuador.

de la Constitución política codificada de 1998. Respecto a esta última, la Carta fundamental vigente marca una diferencia de carácter sustancial, pues evidencia una novedosa denominación o calificación de Estado que no es común en el contexto constitucional comparado y que ha generado una serie de modificaciones en la escuela de pensamiento jurídico y en el sistema de fuentes del derecho que tradicionalmente han prevalecido en el sistema jurídico ecuatoriano. Nos referimos en concreto al artículo 1 de la Constitución de la República, principio constitucional que califica al Ecuador como un *Estado constitucional de derechos*.

En cuanto a la primera acepción de Estado, *el constitucional*, la doctrina nacional que se ha producido desde la vigencia de la Constitución 2008[1] señala que el ordenamiento jurídico tiene ahora como referente una Constitución vinculante, y por consiguiente, valores y principios que más allá de las reglas de estructura hipotética tornan necesaria una labor hermenéutica distinta a la tradicional. Es así como muchas técnicas de interpretación reducidas a conflictos entre reglas, como los métodos de jerarquía, especialidad o temporalidad, todos ellos reconocidos en el Código Civil del Ecuador se tornan insuficientes para atender conflictos o choques entre normas de estructura tética.[2] Por otro lado, desde una de las *ius* teorías transnacionales influyentes en Ecuador[3] se destaca que ante esa realidad no puede continuarse hablando de un juez mecánico aplicador de reglas sino que, por el contrario, muchas veces será necesario construir una regla que guarde conformidad con derechos, principios y valores constitucionales, es decir, con la dimensión axiológica del derecho.

Con respecto a la segunda acepción, el *Estado de derechos*, la más novedosa al parecer desde el punto de vista del derecho comparado,

1 Ávila Santamaría, Ramiro. "Del Estado social de derecho al Estado constitucional de los derechos y justicia: modelo garantista y democracia sustancial del Estado". *Jornadas de capacitación en justicia constitucional*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Consejo de la Judicatura, 2008, pp. 37-52.

2 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador. Registro Oficial Segundo Suplemento n.º 52, de 22 octubre 2009, artículo 3.

3 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 1999, pp. 15-35.

y que incluso daría la impresión de un error tipográfico por parte del constituyente en la redacción del tan conocido Estado de derecho que se preveía en el artículo 1 de la Constitución política del Ecuador de 1998, se destacan los siguientes efectos:

a) El perfeccionamiento del Estado de derecho reducido exclusivamente a la ley en sentido formal y la presencia de derechos que se consolidan como medios y fines a ser respetados por toda autoridad o particular.[4] Consecuencia de ello, los operadores jurídicos deben atender al contenido axiológico implícito en todas las disposiciones normativas del ordenamiento jurídico.
b) En armonía con el papel central de los contenidos axiológicos, la Constitución ecuatoriana más allá de mantener algunos derechos previstos en la Constitución de 1998 genera una mutación en la denominación tradicional de los derechos para romper con aquellas barreras que impidieron bajo la óptica de la Constitución de 1998 y del reconocimiento de derechos por generaciones, la justiciabilidad de todos los derechos constitucionales,[5] en concreto aquellos de dimensiones de exigencia colectiva. Como consecuencia de ello amplía su catálogo dogmático a derechos de protección, derechos de personas y grupos de atención prioritaria, derechos de las comunidades pueblos y nacionalidades, derechos de libertad, participación, buen vivir y derechos de la naturaleza.
c) El reconocimiento del Estado de derecho (s) da cuenta de que en Ecuador conviven varios sistemas de fuentes de derecho, la ley fuente predominante en los sistemas integrantes de la familia romano germánico; el derecho indígena de características consuetudinarias y exponente de una fuente ajena a la producción normativa estatal (pluralismo jurídico), la jurisprudencia, las políticas públicas, el bloque de constitucionalidad, entre otras.

4 Constitución de la República del Ecuador 2008, artículo 84.
5 *Ibíd.*, artículo 11, numeral 3, inciso 6.

De esa manera, el concepto tradicional de fuentes del derecho que prevalecía en el Estado legalista a partir de un principio de legalidad irrestricto y del tratamiento indistinto entre norma y disposición normativa, también fue objeto de una serie de modificaciones en la Constitución de la República vigente. Desde la óptica del Estado Liberal, el concepto de fuentes se reducía a la ley o disposición normativa de carácter exclusivamente estatal, creada por el legislador y generadora de efectos generales y abstractos. En desarrollo de ese concepto, el Estado constitucional de derechos reconocido en la Constitución ecuatoriana parte de *la diferencia entre disposición normativa y norma*,[6] de la crisis legislativa y de la pérdida del carácter general y abstracto de la ley[7] para construir un nuevo concepto de sistema de fuentes del derecho en el que se destaca principalmente la revalorización de la jurisprudencia constitucional.[8]

El valor de la jurisprudencia, como es lógico, guarda relación proporcional y directa con el ámbito material de protección que puede tener una garantía constitucional. Esta relación fue evidente con el sistema de fuentes reconocido en la Constitución política de 1998, pues el carácter accesorio o de conocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente, trajo consigo la existencia de garantías débiles e incompatibles con la protección que requieren los derechos constitucionales:

No existía cosa juzgada constitucional en materia de control de constitucionalidad, los Tribunales Constitucionales se limitaban a ser legisladores negativos.

6 Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 50. "En el lenguaje de los juristas es corriente emplear la palabra 'norma' para referirse indistintamente a los enunciados o disposiciones y a sus significados. Aunque muchas veces ello no plantea problema alguno, conviene insistir en que propiamente la norma es el significado que atribuimos a un enunciado; lo que media entre la disposición y la norma se denomina interpretación: cuando interpretamos postulamos un significado (o varios) para un cierto enunciado. Sobre este aspecto habremos de profundizar, pero a fin de comprender el alcance de la distinción baste pensar en que una sola disposición puede contener o dar lugar a más de una norma y que no siempre resulta claro qué normas constituyen el significado de una disposición.

7 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 16.

8 Constitución de la República del Ecuador, artículo 11, numeral 8.

No se concebía la existencia de sentencias constitucionales atípicas, interpretativas, manipulativas: reductoras, aditivas, sustitutivas, sustractivas y exhortativas.[9] Como consecuencia de ello, la protección de los derechos se hallaba sometida a reenvíos burocráticos y meras recomendaciones de cumplimiento desde el órgano constitucional al legislativo.

Las garantías constitucionales reaccionarias se caracterizaron por su naturaleza meramente cautelar, es decir, no ponían fin al asunto controvertido y el juez constitucional se encontraba vedado para analizar el fondo de la litis.[10] Contrario a esto, y ratificando la verdadera trascendencia de una garantía constitucional, en este caso jurisdiccional, la Constitución de la República vigente establece como obligación a juezas y jueces el análisis del fondo del asunto controvertido y como consecuencia de ello, en caso de concederse la garantía, declarar la vulneración a derechos constitucionales y reparar integralmente las consecuencias dañosas.

La naturaleza cautelar de las garantías trajo como consecuencia que las decisiones adoptadas por los ex Tribunales Constitucionales del Ecuador sean calificadas como resoluciones y no sentencias constitucionales, aquello como es lógico devino en la generación de procesos constitucionales indefinidos, pues siendo resoluciones su cumplimiento se encontraba sometido a procesos jurisdiccionales ordinarios. De esta forma, la tutela judicial efectiva en su dimensión de ejecución fue continuamente desatendida.

Las resoluciones de los ex Tribunales Constitucionales en materia de garantías jurisdiccionales, producto de su naturaleza cautelar y administrativa, se caracterizaron por sus efectos exclusivamente *inter partes* lo que devino en la existencia de criterios contradictorios.

La legitimación activa de las garantías jurisdiccionales, particularmente el amparo constitucional estaba limitada a la

9 Pedro Sagués, Néstor. "Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional, y su valor normativo". *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*. Quito, 2007, Tribunal Constitucional del Ecuador, pp. 71-83.

10 Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Sentencia n.º 001-10-PJO-CC, Caso n.º 0999-09-JP. Juez constitucional ponente: Dr. Roberto Bhrunis. Gaceta Constitucional, Registro Oficial Segundo-S n.º 351, de 29 diciembre 2010.

demostración de un derecho subjetivo vulnerado, de esta forma aquellos derechos de dimensiones de exigencia colectiva eran excluidos de la dimensión de protección de las garantías, y por otro lado siendo un derecho subjetivo su objeto de protección, se asimilaba aún más a los procesos jurisdiccionales contencioso administrativos, particularmente al ámbito material del recurso subjetivo o de plena jurisdicción.[11]

La verificación de procedencia de la acción de amparo constitucional se concentraba en un análisis de 'ilegitimidad' que en la práctica involucraba el análisis de elementos propios del análisis de 'legalidad' que realizaba la justicia ordinaria. Sorprendentemente, la verificación de vulneraciones a derechos constitucionales se constituyó en el segundo presupuesto de análisis de las garantías constitucionales.

La Constitución Política de 1998 excluía la presentación de una garantía jurisdiccional respecto de decisiones judiciales.[12]

La jurisprudencia de los ex Tribunales Constitucionales redujo la legitimación pasiva de la garantía jurisdiccional acción de amparo constitucional a actos administrativos con efectos individuales y directos.[13]

Cabe señalar que las deficiencias expuestas desde el punto de vista constitucional y legal, han sido objeto de cambios sustanciales principalmente desde la fuente constitucional y de la jurisprudencia constitucional dictada por la Corte Constitucional del Ecuador.

Respecto a la justicia constitucional en la Constitución 2008, acorde con los efectos que genera el principio del Estado constitucional de derechos se identifica lo siguiente:

11 Constitución Política del Ecuador 1998, artículo 95. Ley Orgánica del Control Constitucional 1997, artículo 46 ss.

12 *Ibíd*.

13 Tribunal Constitucional del Ecuador. Resolución n.º 035- 2004-RA: "[…] Que el accionante interpone, este amparo por sus propios derechos, ocurriendo que el acto impugnado no se dirige a su persona. La afirmación del peticionario en el sentido que en calidad de abogado se encuentra patrocinando la creación de la Universidad S.T., de la ciudad de Quito no implica que el acto afecte sus derechos, sino eventualmente, a los de sus patrocinados, razón por la cual la acción presentada resulta inadmisible por falta de legitimación activa."

a) Se reconoce en el artículo 436, numeral 10 de la Constitución del Ecuador, la figura de la inconstitucionalidad por omisión, quizás el elemento más controversial en manos de la justicia constitucional y generador del tradicional debate derechos vs. democracia. En este caso, la Corte Constitucional cuando una autoridad pública inobserve en forma total o parcial los mandatos contenidos en normas constitucionales, está facultado en primer término, para conminar al cumplimiento, y segundo, si este persiste, puede incluso redactar de manera temporal la disposición normativa.

b) A partir de la figura citada, la Corte Constitucional del Ecuador reconociendo la importancia que ha adquirido la jurisprudencia, más allá de recurrir exclusivamente a sentencias típicas y encasillar su actividad en la de un legislador negativo, cuenta en la actualidad con la potestad *de modular los efectos de sus fallos en el tiempo, materia y espacio; y hacer uso de las sentencias interpretativas, manipulativas: aditivas, sustitutivas, sustractivas y exhortativas*.[14] Aquello nos conduce a determinar que en Ecuador existe una nueva forma de crear derecho objetivo, tanto en garantías genéricas o normativas y también jurisdiccionales, dimensión inexistente en el marco de competencias los ex Tribunales Constitucionales del país.

c) Las garantías jurisdiccionales de los derechos reconocidas en la Constitución 2008, acción de protección, medidas cautelares, acceso a la información pública, hábeas corpus, hábeas data, acción extraordinaria de protección, acción por incumplimiento de normas e informes de organismos internacionales de derechos humanos y acción de incumplimiento, muchas de ellas novedosas en el constitucionalismo ecuatoriano, y otras sustitutas de las antiguas garantías reaccionarias (acción de amparo, hábeas data, hábeas corpus) finalmente dejan atrás su

14 Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, sentencias n.os 002-09-SAN-CC; 0027-09-AN; 001-10-SIN-CC; 0079-10-CN; 009-10-SIN-CC; 001-11-SIO-CC; 0021-09-CN; 0385-11-EP. También *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador*, artículos 3 y 76.

carácter exclusivamente cautelar y se convierten en garantías de conocimiento, excepcionalmente cautelares, ampliamente reparatorias, informales en su procedimiento y activación, y con una legitimación pasiva ampliada incluso respecto a políticas públicas.[15]

d) Como consecuencia de este sustancial cambio en la naturaleza de las garantías jurisdiccionales, el juez constitucional no solo que puede, sino que debe analizar la materialidad del asunto controvertido, y en caso de constatar vulneraciones a derechos constitucionales determinar, vía sentencia la reparación integral, material e inmaterial de los derechos conculcados.[16]

e) En cuanto a los efectos, si bien se parte del principio general de que las garantías jurisdiccionales son *inter partes*, se ha reconocido por medio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador[17] la posibilidad de generar efectos *inter pares* e *inter comunis*; es decir, efectos que van más allá de la reparación a derechos subjetivos y que por consiguiente tornan a estas sentencias en una nueva fuente de derecho objetivo.

f) Por otro lado, el principal reconocimiento a la jurisprudencia como fuente de derecho en materia de garantías jurisdiccionales, y demás procesos de conocimiento de la Corte Constitucional ecuatoriana, se evidencia en el artículo 436, numerales 1 y 6 de la Constitución de la República.[18] La Corte Constitucional, a partir de las novedosas Salas de Selección y Revisión, debe desarrollar jurisprudencia vinculante con efectos horizontales y verticales.

15 Constitución de la República del Ecuador 2008, artículo 88.

16 *Ibíd.*, artículo 86.

17 Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Sentencia n.º 031-09-SEP-CC, Caso n.º 0485-09-EP. Jueza sustanciadora: Dra. Ruth Seni Pinoargote.

18 Constitución de la República del Ecuador, artículo 436, numeral 6: "[…] La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiere la ley, las siguientes atribuciones: […] 6. Expedir 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, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión". Las garantías citadas, de conformidad con la Constitución de 1998 llegaban en apelación al Tribunal Constitucional; actualmente, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución vigente, son conocidas en apelación por las Cortes Provinciales, y tan solo llegan a la Corte Constitucional, para el desarrollo de jurisprudencia vinculante a través de las Salas de Selección y Revisión de la Corte Constitucional.

g) En cuanto a los criterios de selección, el artículo 25 de la vigente Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) nuevamente confiere importancia a la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional y vela por el respeto vertical de dichos precedentes: "[…] La Sala de Selección tendrá en cuenta los siguientes parámetros para la selección, que deberán ser explicados en el auto de selección: a) gravedad del asunto; b) novedad del caso e inexistencia de precedente judicial; c) negación de los precedentes fijados por la Corte Constitucional; y d) la relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia".

h) El avance de la jurisprudencia constitucional no solo se constata desde el punto de vista de las garantías jurisdiccionales, detalladas en el literal precedente, puesto que el artículo 436, numeral 1, de la Constitución de la República confiere a la Corte Constitucional la función de ser el máximo órgano de interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano mediante sus dictámenes y sentencias, y destaca expresamente que sus decisiones tendrán carácter vinculante.

i) Por su parte, la LOGJCC en el artículo 2 numeral 3 prevé entre los principios de la justicia constitucional, la obligatoriedad del precedente constitucional y determina que *los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento* (refiriéndose a todos los detallados previamente) *tendrán fuerza vinculante*, y lo más importante, en uso del análisis estático del precedente y reconociendo el efecto horizontal de sus decisiones determina que *la Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia*.

j) Finalmente la LOGJCC, en el artículo 62 numeral 8, establece entre los elementos a ser verificados por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional en materia de acción extraordinaria de protección (tutela contra sentencias) la posibilidad de "solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes

judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional (efecto vertical) y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional"

En conclusión, las garantías constitucionales en Ecuador, producto del fortalecimiento del valor de la jurisprudencia como fuente, así como de las competencias de los órganos que integran el sistema de administración de justicia constitucional, han sido objeto de una importante transformación, muchas de ellas son novedosas en el contexto constitucional ecuatoriano y cubren déficits que se advertían en el diseño constitucional de 1998, otras han sido fortalecidas.

El surgimiento de garantías tales como la acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales, la acción por incumplimiento de norma, sentencias e informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos, la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, la acción de medidas cautelares autónomas, acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública, son muestras palpables de la evolución garantista en Ecuador.[19]

## Bibliografía

### Fuentes doctrinarias

Ávila Santamaría, Ramiro. "El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal". *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*. Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.

19 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*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, p. 93: "[…] En cambio, la Constitución del 2008 precisa los conceptos y llena un vacío intolerable en el derecho ecuatoriano al establecer que las garantías son tanto cautelares como de fondo o de conocimiento. La reparación, al contrario de la indemnización en lo civil, que es exclusivamente patrimonial, puede ser material e inmaterial."

_____."Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales". *Desafíos constitucionales: la Constitución del 2008 en perspectiva*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008.

_____. "Cultura Jurídica, Facultades de Derecho y Función Judicial". *La transformación de la justicia*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Aparicio Wilhelmi, Marco. "Derechos: enunciación y principios de aplicación". *Desafíos constitucionales: la Constitución del 2008 en perspectiva*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008.

Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2006.

Oyarte Martínez, Rafael. *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina*. Quito, Editorial Fundación Andrade y Asociados, 2006.

Ponce Martínez, Alejandro. "El acto de autoridad". *Naturaleza de la acción de amparo*. Quito, Fondo Editorial Colegio de Jurisprudencia USFQ/ Projusticia/ Banco Mundial, 2002.

Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 2005.

Trujillo, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2006.

Valle Franco, Alex. "La acción de amparo en el Ecuador y derechos fundamentales". Tesis presentada como requisito previo para la obtención del título de Magíster en Derechos Humanos y Democracia, Mención, Mecanismo de Protección. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009.

Zagrebelsky, Gustavo. "Del Estado de Derecho al Estado Constitucional". *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 1999.

Zavala Egas, Jorge. "La acción de amparo y el control normativo". *Derecho constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. TC, 1999.

_____. *Derecho constitucional*, t. II. Guayaquil, Editorial Edino, 2002.

**Fuentes normativas**

Constitución de la República del Ecuador 2008.
Constitución Política del Ecuador 1998.
Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional 2009.
Ley Orgánica del Control Constitucional 1997.

**Tribunal Constitucional del Ecuador**

Resolución n.º 025-1999-TP.
Resolución n.º 170-2000-RA.
Resolución n.º 268-2001-RA.
Resolución n.º 333-2001-RA.
Resolución n.º 472-2001-RA.
Resolución n.º 063-2001-TP.
Resolución n.º 004-2002-RA.
Resolución n.º 0012-2002-RA.
Resolución n.º 0749-2003-RA.
Resolución n.º 005-2003-RA.
Resolución n.º 035-2004-RA.
Resolución n.º 0862-2004-RA.
Resolución n.º 0013-2004-RA.
Resolución n.º 0397-2006-RA.
Resolución n.º 0872-2007-RA.

**Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición**

Sentencia n.º 002-09- SAN-CC.
Sentencia n.º 001-10-SIN- CC.
Sentencia n.º 009-10-SIN-CC.
Sentencia n.º 001-11-SIO-CC.
Sentencia n.º 001-10-PJO-CC.
Sentencia n.º 021-09-SEP-CC.
Sentencia n.º 045-11-SEP-CC.

# La acción de protección desde la jurisprudencia constitucional

Karla Andrade Quevedo*

## 1. Introducción

La acción de protección fue incorporada en la Constitución de Montecristi de 2008 como la garantía jurisdiccional encargada de tutelar de modo directo y eficaz los derechos constitucionales de las personas. De acuerdo con lo dispuesto en su artículo 86, por ser una garantía jurisdiccional, la acción protección debe tener un procedimiento sencillo, rápido y eficaz. En tal sentido, el legislador, por medio de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), reguló las garantías jurisdiccionales y entre ellas la acción de protección, estableciendo su objeto, los requisitos para su presentación y la procedencia de esta acción. No obstante, después de algunos años de vigencia de esta norma muchos consideran que sus disposiciones lejos de facilitar su tramitación han causado confusión, problemas e incluso han provocado el mal uso de la garantía.

En estos últimos cinco años, la práctica judicial de esta garantía jurisdiccional ha demostrado que la mayoría de acciones presentadas son negadas por no cumplir con los requisitos establecidos en la LOGJCC. Especialmente, se observa que la mayoría de acciones no proceden puesto que la vulneración alegada no corresponde a un derecho constitucional o porque el acto administrativo cuenta

* Abogada, Universidad San Francisco de Quito; máster y doctora (PhD) en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla, habiendo obtenido el título de doctora con calificación sobresaliente *cum laude*. Asesora de la Corte Constitucional del Ecuador.

con una vía judicial efectiva para ser impugnado.[1] Por tanto, las causales de improcedencia de la acción de protección contenidas en la LOGJCC contienen presupuestos ambiguos que, por un lado, los usuarios constitucionalicen todo tipo de vulneración de derechos y, por el otro, los jueces nieguen las demandas aduciendo que existe vía judicial para impugnar el acto sin verificar adecuadamente si se trata de una vulneración a un derecho constitucional.

Ante estos problemas, siendo la jurisprudencia constitucional una fuente de derecho nos corresponde acudir también a ella para encontrar respuestas. Pese a que hasta el momento existen únicamente dos sentencias de precedente constitucional obligatorio,[2] eso no quita que durante estos últimos cinco años, la Corte Constitucional, como parte de la resolución de acciones extraordinarias de protección, ha efectuado importantes pronunciamientos respecto de la acción de protección, los cuales son vinculantes y configuran una guía para la actividad jurisdiccional de todos los intérpretes jurisdiccionales.[3]

1 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 42.- La acción de protección de derechos no procede:
1.- Cuando los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. […]
3.- Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.
4.- Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.

2 De conformidad con el artículo 436, numeral 6 de la Constitución, la Corte Constitucional tiene la facultad de "Expedir 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, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión."

3 Las sentencias de la Corte Constitucional son vinculantes, pues según la Constitución de la República, este es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Además, como se estableció en sentencia 045-11-SEP-CC, "el carácter constitucional de vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional se fundamenta, por una parte, en asegurar la coherencia y consistencia en la aplicación de los mandatos constitucionales por parte de todos los operadores de justicia, y por otra parte como órgano de cierre en materia de interpretación constitucional. Al existir múltiples judicaturas que conocen de garantías jurisdiccionales en materia constitucional, la interpretación que realice la Corte Constitucional, en los términos antes analizados, es la que guía la actividad jurisdiccional de todos los intérpretes jurisdiccionales".

Por consiguiente, a través de un análisis de sus más relevantes pronunciamientos acerca de la naturaleza y alcance de la acción de protección intentaremos aclarar algunas dudas y delimitar la regulación existente para esta garantía. Así, a partir de la jurisprudencia, tanto usuarios como abogados y operadores de justicia tendremos más claro y definido cuándo y frente a qué circunstancias procede una acción de protección, incluso a pesar de las posibles ambigüedades existentes en la LOGJCC.

## 2. Objeto de la acción de protección a partir de la jurisprudencia

El objeto de la acción de protección se encuentra definido en el artículo 88 de la Constitución de la República, el cual establece que la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución frente a vulneraciones de derechos constitucionales ocasionadas por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y, cuando proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Complementando esta definición, el artículo 39 de la LOGJCC dispone que la acción de protección tiene 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 otras acciones constitucionales. Pero la ley no se queda ahí, sino que establece además requisitos para su presentación y procedencia. En tal sentido, el artículo 41 de la ley exige que para su presentación concurran tres requisitos básicos:

Que exista violación de un derecho constitucional. Esto significa que, tal y como ha señalado Juan Montaña Pinto "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 […]";[4]

Que la vulneración se haya dado por acción u omisión de autoridad pública no judicial o de un particular de conformidad con lo establecido en la Constitución. Este presupuesto no requiere mayor precisión, solo destacar que a diferencia de la figura tradicional del amparo constitucional, la acción de protección extiende su ámbito también a las relaciones entre particulares para garantizar con ello la eficacia de los derechos constitucionales;[5] y,

Que no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. Esto quiere decir que para que la violación de un derecho sea tutelada por la acción de protección, el derecho vulnerado no debe contar con una garantía especial. En otras palabras, el derecho que reclama no debe estar amparado por alguna de las otras seis garantías jurisdiccionales consagradas en la Constitución de la República o mediante acciones específicas en la vía judicial ordinaria.

Frente a estos requisitos de procedibilidad, la LOGJCC ha dispuesto varias causales de improcedencia, de las cuales las más relevantes son: que no exista vulneración de derechos constitucionales; que el acto administrativo que se demanda pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz; y, que la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.[6] Estas causales son las que de modo más frecuente provocan la negativa de la acción de protección.

La Corte Constitucional, respecto del objeto de la acción de protección, en diversas sentencias, ha determinado que esta garantía fue consagrada en la Constitución del 2008 como la herramienta para proteger los derechos constitucionales de las personas frente a vulneraciones o lesiones a sus derechos por parte de la

4 Montaña Pinto, Juan. "Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección". *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2. Eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2012, p. 111.

5 *Ibíd.*, pp. 111-112.

6 Artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por parte de un particular. Así, ha establecido que, por su naturaleza, esta acción es un mecanismo exclusivo de protección del componente constitucional reconocido a las personas o colectivos, y por consiguiente requiere de un procedimiento sencillo, rápido, eficaz, autónomo, directo y sumario al que, en ningún caso, pueden aplicársele normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.[7]

Además, la Corte ha señalado que la acción de protección tiene dos objetivos primordiales "la tutela de los derechos constitucionales de las personas, así como la declaración y la consiguiente reparación integral de los daños causados por su violación".[8] Esta afirmación contenida en la jurisprudencia constitucional es sumamente importante puesto que reafirma dos aspectos básicos que rigen a esta garantía y que todo juez debe tomar en consideración a la hora de sustanciar una acción de protección, puesto que se encuentran definidos también tanto en la Constitución como en la ley de la materia. Por un lado, reafirma el hecho de que esta garantía constituye el instrumento básico e inmediato que consagra el ordenamiento jurídico para tutelar los derechos constitucionales de las personas o colectivos.[9] Con lo cual no cabe duda de que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11 de la Constitución, a través de esta garantía, las personas cuentan con una acción jurisdiccional eficaz y adecuada que permite hacer plenamente justiciables los derechos constitucionales y que asegura que toda persona puede exigir su respeto de modo directo e inmediato.[10]

7 Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencias n.º 056-11-SEP-CC, de 15 diciembre 2011, dentro del Caso n.º 0529-11-EP; n.º 029-12-SEP-CC, de 8 marzo 2012, dentro del Caso n.º 923-09-EP; n.º 049-12-SEP-CC, de 27 marzo 2012, dentro del Caso n.º 645-09-EP.

8 Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 0140-12-SEP-CC, de 17 abril 2012, dentro del Caso n.º 1739-10-EP.

9 Juan Montaña Pinto, *op. cit.*, pp. 105-106.

10 Constitución de la República. "Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: […] 3. Los derechos y garantías jurisdiccionales establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Por otro lado, reafirma que la acción de protección constituye una acción reparatoria. Este elemento constituye una parte sustancial y básica de la acción de protección, pues solo se puede tutelar un derecho si ante su vulneración se puede conseguir una reparación integral de los daños causados. Una acción de protección que no cumpla esta finalidad estará siendo desnaturalizada y no podrá cumplir su cometido. Solo la reparación integral garantiza que la acción de protección cumpla de lleno su objeto y garantice la eficacia y supremacía de los derechos constitucionales. Por eso Ramiro Ávila Santamaría define a la acción de protección como "una acción de conocimiento que tiene por objetivo reparar integralmente la violación de derechos provenientes de autoridad pública o particulares".[11]

## 3. Naturaleza de los derechos protegidos por la acción de protección según la jurisprudencia emitida por Corte Constitucional del Ecuador

La acción de protección es una garantía que opera como mecanismo de protección de derechos contenidos en la Constitución. Así, es innegable que dicha acción procede únicamente cuando existe una vulneración de derechos constitucionales o, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la LOGJCC, cuando se pretenda el amparo directo de un derecho reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos, siempre que no estén amparados por otras acciones constitucionales. Pese a que ante esta definición está aparentemente claro la procedencia de esta acción, en la práctica se observa que la delimitación de cuándo procede la presentación de una acción de protección no está tan

Para el ejercicio de los derechos y las garantías jurisdiccionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.
Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desecha la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento."

11 Ávila Santamaría, Ramiro. "Del amparo a la acción de protección jurisdiccional". *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Ed. Dunia Martínez Molina. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011, p. 233.

clara, y ocasiona un sinnúmero de problemas y de mal uso de la garantía por parte de los usuarios y de los operadores de justicia.

En los últimos años, dentro de varias sentencias de acciones extraordinarias de protección, la Corte Constitucional ha visto la oportunidad para establecer algunos parámetros y lineamientos respecto de la acción de protección que fácilmente nos pueden dar luces respecto al alcance de esta garantía y de los derechos que son susceptibles de ser reclamados por medio de ella.

En su sentencia de precedente constitucional obligatorio n.º 001-010-JPO-CC, la Corte hizo una primera aproximación respecto de la naturaleza y procedencia de la acción de protección, y estableció lo siguiente:

> […] las garantías jurisdiccionales, específicamente la acción de protección, proceden cuando del proceso se desprenda la vulneración de derechos constitucionales provenientes de un acto de autoridad pública no judicial, vulneración que debe ser declarada por el juez constitucional vía sentencia […]
>
> La acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente la vía administrativa.[12]

A partir de entonces, la Corte Constitucional ha mantenido este criterio y lo ha ido desarrollando —pese a que no lo ha hecho en sentencias de precedente constitucional para esta garantía jurisdiccional— caso a caso ha ido estableciendo algunos conceptos y determinando cuándo se trata de un asunto susceptible de ser conocido mediante una acción de protección y cuándo se debe acudir a la justicia ordinaria para la solución de una controversia.

En su más reciente pronunciamiento acerca de la acción de protección, la Corte Constitucional del Ecuador, de forma categórica, ha manifestado que:

12 Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 001-10-JPO-CC, de 22 diciembre 2010, dentro del Caso n.º 999-09-JP.

> [...] **la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales.** No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria.[13] (Énfasis añadido.)

De modo que el máximo órgano de interpretación constitucional de nuestro país ya ha determinado claramente que cuando ocurre una vulneración de un derecho constitucional la única vía posible es la acción de protección. No existe, por tanto, otra vía idónea o eficaz puesto que la Constitución de la República ha sido clara en determinar que esta garantía opera únicamente para el amparo de derechos reconocidos en la Constitución. Por tanto, si existe otra vía posible que además resulta adecuada o eficaz es probablemente porque no se trata de un derecho de índole constitucional y el ordenamiento jurídico ha establecido para ella un procedimiento específico.

Por tanto, de acuerdo con lo determinado por la jurisprudencia constitucional, la acción de protección no constituye una acción que se pueda escoger como vía frente a cualquier vulneración de un derecho, sino únicamente para aquellos derechos de fuente constitucional; las controversias que se suscitan en el ámbito de la legalidad no tienen cabida en esta acción. De modo que, mediante esta sentencia, la Corte nos deja ya delimitada la cancha. Usuarios, abogados y jueces tienen perfectamente definido, tanto en una dimensión positiva como negativa, cuál es la naturaleza de los derechos que encuentran protección por medio de esta garantía jurisdiccional.

La Corte Constitucional ha sido muy reiterativa señalando que cuando se trata de derechos infraconstitucionales, el titular

13 Al respecto, ver Corte Constitucional. Sentencia n.º 016-13-SEP-CC, de 16 mayo 2013, dentro del Caso n.º 1000-12-EP.

del derecho vulnerado cuenta con la posibilidad de acceder a una tutela judicial efectiva, expedita e imparcial en la justicia ordinaria. Es así que la Corte Constitucional para el Período de Transición, en varias sentencias señaló que si la controversia versa sobre aplicación de normativa infraconstitucional, la persona afectada debe acudir a las instancias jurisdiccionales correspondientes pues la justicia constitucional no se encuentra facultada para resolver problemas legales que no acarren la vulneración de derechos constitucionales. Queda descartada, por tanto, toda posibilidad de que la acción de protección sea procedente para resolver asuntos de estricta legalidad o que constituya una vía para conocer y resolver la aplicación o cumplimiento de las disposiciones infraconstitucionales o contractuales, cualquiera que sea su naturaleza, pues para ello, el ordenamiento ha previsto acciones ordinarias específicas.[14] Con esto, la Corte no solo está delimitando el alcance de esta acción, sino también la competencia de los jueces constitucionales. Por medio de la jurisprudencia constitucional se ha consolidado la idea de que un juez puede ejercer las facultades que le han otorgado la Constitución y la ley solo si verifica que en efecto se trata de un derecho constitucional, de lo contrario, la competencia no radica en él sino en la justicia ordinaria.

De ese modo, la Corte Constitucional, con su jurisprudencia, les ha impuesto un importante mandato a los jueces, pues ha determinado que a la hora de conocer una demanda de acción de protección, lo primero que deberán verificar es que efectivamente se trate de un tema de constitucionalidad y no de un conflicto de mera legalidad que no afecte un derecho constitucional. Esto constituye un elemento sumamente importante, ya que queda establecido que es al juez constitucional de instancia a quien le corresponde determinar si, por la naturaleza del derecho violentado, la vía constitucional constituye la vía idónea para la resolución de la controversia. Esto significa que si del estudio del caso concreto el juez encuentra que se trata únicamente de una controversia enmarcada en el ámbito de la legalidad, debe

14 *Ibíd.*

necesariamente señalar que existen las vías adecuadas y eficaces fuera de la justicia constitucional para que dicha controversia sea resuelta. Esto debido a que el asunto no está dentro del ámbito de competencia constitucional, sino que se interna en el ámbito reservado a la justicia ordinaria. De tal manera que, conforme ha señalado la Corte Constitucional, será el juez quien, caso a caso, deberá analizar si se trata de la vulneración de un derecho de ámbito constitucional y de modo fundamentado determinar su competencia.

> La acción de protección procede cuando se verifique una real vulneración de derechos constitucionales, con lo cual, le corresponde al juez verificar y argumentar si existe o no una vulneración de un derecho constitucional. **Es a él a quien le corresponde analizar caso a caso, sobre la base de un ejercicio de profunda razonabilidad, los hechos y las pretensiones del actor para poder dilucidar si se trata de un caso de justicia constitucional** o si por el contrario, por su naturaleza infra constitucional su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria.[15] (Énfasis añadido.)

Como se observa de esta cita, la carga argumentativa la lleva el juez. Al contrario de lo que algunos autores sostienen, no es el accionante quien debe probar que se trata de un derecho constitucional y sustentar que no existe otro medio adecuado y eficaz de impugnación en la justicia ordinaria. Es cierto que el actor, en respeto del ordenamiento jurídico ecuatoriano, tiene la obligación de acudir a esta garantía jurisdiccional únicamente cuando considera que se ha vulnerado un derecho reconocido constitucionalmente; no obstante de aquello, quien debe verificar y determinar si existe o no la vulneración de un derecho susceptible de acción de protección, es el juez. Será él quien de manera motivada y bien argumentada determine si el acto u omisión de autoridad pública demandado deba o no ser conocido por la justicia constitucional, pues de no serlo su competencia se desvanece y debe dar paso a la

15 Corte Constitucional. Sentencia n.º 016-13-SEP-CC, de 16 mayo 2013, dentro del Caso n.º 1000-12-EP.

justicia ordinaria, pues es esta la que cuenta con los procedimientos adecuados e idóneos para su resolución.

No obstante, debe decirse que la jurisprudencia le otorga esta responsabilidad al juez constitucional con el fin de obtener además ciertos resultados. El primero, por tratarse de derechos constitucionales y por la exigencia de que su procedimiento sea sencillo, rápido y eficaz, es necesario que la carga argumentativa recaiga en el juez, que es quien cuenta con los elementos necesarios para llevar a cabo una interpretación adecuada de los hechos, de los derechos presuntamente vulnerados, así como de la normativa aplicable al caso. El segundo es garantizar el debido proceso constitucional. En tal sentido, si el juez declara que no se trata de un derecho constitucional y que existen vías más adecuadas en la justicia ordinaria, dicha resolución debe estar adecuadamente motivada. Es decir, requiere que el juez a partir del análisis profundo de los hechos y el derecho determine de modo coherente las razones de su decisión.[16] Y el tercero, el juez constitucional, como garante de los derechos constitucionales, controle y asegure el respeto y cumplimiento de los procedimientos y garantías establecidos en el ordenamiento jurídico.

La Corte Constitucional ha señalado que "es deber primordial del juez constitucional, controlar el uso de la acción de protección, a fin de distinguir la materia controversial que se presente

16 Conforme ha determinado la Corte Constitucional en la Sentencia n.º 024-13-SEP: "De acuerdo con el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, todas las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas; para ello, toda resolución judicial deberá enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. […] Esto quiere decir que corresponde a los jueces realizar un análisis objetivo, preciso, claro y articulado entre los fundamentos fácticos y los derechos presuntamente vulnerados, pues es necesario determinar cómo, de qué forma y en qué circunstancias se vinculan los hechos supuestamente violatorios con los derechos afectados, dentro del caso concreto. Por tanto, la motivación no es sólo un elemento formal, como requisito obligatorio de toda manifestación de autoridad pública, sino que constituye un elemento sustancial que expresa la garantía del derecho al debido proceso, pues permite a las partes conocer el razonamiento lógico del juez y, por tanto, comprender las razones jurídicas por las que la autoridad judicial ha llegado a un fallo determinado".

a su judicatura".[17] Esto debido a que el juez, caso a caso, debe ir delimitando cuándo se trata de un asunto susceptible de una garantía jurisdiccional y así ir controlando el uso que le dan las partes procesales a la acción de protección. El juez constitucional, precisamente por la importancia de estas garantías, debe impedir a toda costa que sea desnaturalizada y por tanto presentada de forma equivocada o abusiva, pues aquello solamente entorpece la justicia y perjudica precisamente a las partes procesales.

Todo lo dicho hasta aquí tiene además un objetivo mayor: asegurar el derecho a la seguridad jurídica y el debido proceso. La acción de protección no fue incluida en el ordenamiento jurídico con el fin de absorber la justicia ordinaria, sino para garantizar el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales. De modo que no es válido que se pretenda extender una garantía jurisdiccional a otros ámbitos que se encuentran bien regulados por el ordenamiento jurídico ecuatoriano y que tienen también su razón de ser. Tratar de utilizar esta acción para resolver asuntos de mera legalidad desnaturaliza la acción y atenta contra la confianza que pretende otorgar el ordenamiento jurídico ecuatoriano cuando establece un procedimiento para cada tipo de acción y cuando le otorga a toda persona el derecho de acudir a la justicia con la certeza de que existe un debido proceso propio, previamente establecido y aplicado por la autoridad competente para la resolución de sus controversias.

En tal sentido, ya en su primera sentencia de precedente constitucional la Corte Constitucional determinó que cuando los jueces resuelven asuntos de mera legalidad en la acción de protección, están desnaturalizando la garantía jurisdiccional y por ende provocando la vulneración de los derechos a la seguridad jurídica, debido proceso y tutela judicial efectiva, reconocidos en la Constitución de la República. Por lo que, en atención a ello, la Corte estableció que:

17 Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 0140-12-SEP-CC, de 17 abril 2012, dentro del Caso n.º 1739-10-EP.

> […] es deber de las juezas y jueces constitucionales aplicar adecuadamente dichos preceptos en la sustanciación de una causa, de lo contrario, tal como sucedió en el caso concreto, más allá de lesionar la seguridad jurídica de las partes, acarrea además una grave vulneración a los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, en consideración a que su actuación devendría en arbitraria.[18]

Si partimos del hecho de que en un Estado constitucional de derechos y justicia el debido proceso es el pilar fundamental de la justicia, entonces fácilmente podemos concluir que cada acción debe necesariamente tener su ámbito exclusivo de aplicación y, por tanto, su inobservancia inevitablemente va a resultar atentatoria de la Constitución. Por eso, la Corte Constitucional de modo reiterado ha sostenido lo siguiente:

> […] la acción de protección no puede invadir las atribuciones que atañen al control de la legalidad, ni extiende para actos u omisiones que incumplen las disposiciones legales o contractuales de cualquier índole, pues para tales casos, el ordenamiento jurídico provee la acción pertinente ante la autoridad competente. En otras palabras, los derechos constitucionales y legales solo pueden ser adecuadamente ejercidos y defendidos en el marco del debido proceso. **En consecuencia, para que un proceso judicial sea constitucionalmente válido, el juez y las partes procesales deben conducirlo en el marco de la competencia.**[19] (Énfasis añadido.)

Por otra parte, no podemos olvidar que la Constitución de la República en su artículo 169 establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Por lo que, no podemos negar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentra diseñado de tal forma que las personas cuentan con garantías efectivas para el cumplimiento de todos sus derechos. Así, efectuando una lectura integral del ordenamiento jurídico ecuatoriano podemos

18 Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 001-10-JPO-CC, de 22 diciembre 2010, dentro del Caso n.º 999-09-JP.

19 Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 0140-12-SEP-CC, de 17 abril 2012, dentro del Caso n.º 1739-10-EP.

encontrar que existen garantías y procedimientos para cada tipo de conflictos que pretenden brindar al ciudadano absoluta cobertura para la protección de sus derechos. De tal forma que, tal como ha señalado la Corte Constitucional:

> El actual ordenamiento constitucional se encuentra diseñado de tal forma que en su conjunto se ofrezcan garantías efectivas del cumplimiento de todos los derechos, en sus distintos ámbitos y niveles. Es así que, una interpretación sistemática de la Constitución nos ayuda a vislumbrar cuáles son las garantías que se ofrecen para cada conflicto en particular. No podemos dejar de reconocer que la justicia ordinaria se constituye en un mecanismo para la tutela de los derechos subjetivos y es en este orden de ideas que la propia Constitución prevé en el mandato contenido en el artículo 169 que: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia".
>
> Al ser observado el ordenamiento jurídico constitucional como un sistema coherente en el que el contenido de las diversas normas que lo integran se encuentran dotadas de unidad orgánica y finalista, identifica a la función jurisdiccional del país como la llamada a tutelar los derechos subjetivos de las personas, pues existen los recursos dirigidos a tal fin […]. **La interpretación sistemática de la Constitución exige que sean los recursos previstos por ella los llamados a tutelar los derechos en sus distintos ámbitos de competencia y que no ocurra una superposición de la justicia constitucional a ámbitos propios de la jurisdicción ordinaria**.[20] (Énfasis añadido.)

Entonces, según lo afirmado por la Corte Constitucional, el ordenamiento jurídico ecuatoriano cuenta con distintas acciones para cada tipo de conflicto y estas deben ser usadas de acuerdo al derecho que se pretenda tutelar. No se puede desnaturalizar las garantías jurisdiccionales ni pretender una superposición de la justicia constitucional. El respeto por la Constitución y el debido proceso requiere que los derechos sean ejercidos de conformidad

20 Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 055-11-SEP-CC, de 15 diciembre 2011, dentro del Caso n.º 0564-10-EP.

con lo establecido en la Constitución y en la ley. En consecuencia, la responsabilidad recae tanto en el juez como en las partes procesales, pues de ambos depende que la acción de protección cumpla con su objeto y que no sea desnaturalizada.

## 4. El límite entre la legalidad y la constitucionalidad de un derecho

Tomando en consideración que la Corte Constitucional ha descartado tajantemente la posibilidad de que mediante una acción de protección se conozcan asuntos de mera legalidad, a continuación intentaremos dilucidar qué entiende la jurisprudencia constitucional como asuntos de mera legalidad y dónde se encuentra el límite que hay que rebasar para entrar en el ámbito de lo constitucional.

En una primera aproximación a ese respecto, la Corte Constitucional para el Período de Transición señaló que una herramienta para determinar cuándo se trata de un asunto de legalidad y cuándo de un asunto de constitucionalidad sería distinguir las diferentes facetas que tiene un derecho como tal. Así, de un modo ejemplificativo, determinó lo siguiente:

> Si un ciudadano pierde un inmueble, pues lo había hipotecado como garantía a una obligación monetaria que había contraído y que por su propia negligencia no la pudo cumplir en los términos establecidos, el posible menoscabo ante la pérdida de su propiedad en las condiciones antes expuestas y todos los problemas que de ahí comúnmente devienen, son cuestiones que se solucionarían en el ámbito de la legalidad; siendo infructuoso, por lo general, tratar de solucionar este tipo de situaciones acudiendo a un juez constitucional o poniendo en marcha una garantía jurisdiccional como la acción de protección. Por su parte, es posible que un ciudadano, de manera imprevista, sea desalojado de un inmueble de su propiedad por parte de un poder público o privado, sin que haya mediado orden judicial expresa y sin que dicho inmueble haya estado formalmente comprometido en ninguna situación que pueda devenir en una ruptura del lazo de propiedad frente a su poseedor (sujeto a sucesión, indeterminación del título de

> propiedad, objeto de garantía real como una hipoteca etc.), caso en el cual las características de los hechos sobrepasan la dimensión de la legalidad, pues su solución va más allá de la aplicación de normas como el código civil y de procedimiento civil, e implican la entrada a otra dimensión, en este caso la constitucional, pues ya no está en juego únicamente el ejercicio del derecho real sobre un inmueble, sino cuestiones como la integridad del ciudadano, el irrespeto por parte de poderes superiores, la situación de impotencia en la que el ciudadano es colocado, etc.[21]

De modo general, a partir de este ejemplo efectuado por la Corte Constitucional podríamos concluir que frente a un mismo derecho existen distintas facetas o dimensiones. De manera que, como sostiene Juan Montaña Pinto, para que una controversia pueda ser conocida mediante esta garantía jurisdiccional es necesario que el acto de autoridad pública o de un particular vulnere el contenido constitucional del derecho alegado.[22] En otras palabras, bajo este presupuesto, para que un acto de autoridad pública no judicial sea susceptible de acción de protección debe comprometer derechos constitucionales o derechos contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos y no únicamente la vulneración de disposiciones contenidas en normativa de carácter legal o reglamentario.

Pero lo cierto es que definir de modo concreto y definitivo qué aspectos pertenecen al ámbito de la mera legalidad no es sencillo puesto que aquello dependerá de las circunstancias fácticas de cada caso. Por eso, en sus más recientes pronunciamientos, la Corte Constitucional, en lugar de plantear una definición acerca de qué es susceptible de acción de protección, ha ido estableciendo, caso a caso, de modo concreto, qué no es materia que deba ser resuelta a través de esta garantía jurisdiccional. Así encontramos diversos pronunciamientos al respecto.

21 Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 021-10-EP-CC, de 11 mayo 2010, dentro del Caso n.º 585-09-EP.

22 Juan Montaña Pinto, *op. cit.*

En la Sentencia n.º 140-12-SEP-CC, la Corte señaló que la aplicación o cumplimiento de disposiciones contractuales, cualquiera que sea su naturaleza no pueden ser resueltas mediante una acción de protección debido a que el ordenamiento jurídico ha previsto acciones ordinarias para el efecto. De manera que "no es procedente entablar acción de protección cuando la pretensión de la misma se reduzca al cumplimiento de las disposiciones contractuales, como ocurre en el presente caso, pues para ello el ordenamiento jurídico provee en sede administrativa o vía jurisdiccional el camino diseñado para la protección de cláusulas contractuales, situación que es prevenida en el artículo 42 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional".[23]

Por otra parte, mediante Sentencia n.º 016-13-SEP-CC el máximo órgano de justicia constitucional estableció que "la naturaleza de las garantías jurisdiccionales determina la tutela y protección de derechos constitucionales y del debido proceso; en aquel sentido, los conflictos que pudieren generarse respecto a la aplicación errónea o mala interpretación de las disposiciones normativas infra constitucionales no pueden ser objeto del análisis por parte de la justicia constitucional vía garantías jurisdiccionales de los derechos, puesto que para ello existen los intérpretes normativos competentes".[24]

En el mismo sentido, en la Sentencia n.º 021-13-SEP-CC, la Corte determinó que en el caso concreto, el objeto primigenio de la acción de protección planteada obedecía a un conflicto entre normas, por lo que debía resolverse aplicando las denominadas reglas de solución de antinomias, jerarquía, temporalidad, retroactividad, supletoriedad y especialidad de la norma procesal y no mediante una acción de protección. Por tal razón, la Corte consideró que el caso revelaba únicamente la existencia de cuestiones de mera legalidad y señaló lo siguiente:

23 Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 140-12-SEP-CC, de 17 abril 2012, dentro del Caso n.º 1739-10-EP.

24 Corte Constitucional. Sentencia n.º 016-13-SEP-CC, de 16 mayo 2013, dentro del Caso n.º 1000-12-EP.

> Al presentarse un conflicto de aplicación de normas, no se evidencia la existencia de vulneraciones a derechos constitucionales o al debido proceso. Por el contrario, se demuestra que el conflicto se suscita dentro del ámbito puramente legal que cuenta con un mecanismo de defensa judicial adecuado; por lo que, constituye materia que le corresponde conocer a la justicia ordinaria y no a la justicia constitucional […]
>
> De lo expuesto, esta Corte encuentra que los jueces de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, al resolver respecto a la aplicación de normas legales infra constitucionales y establecer que se exige el pago de una obligación inexistente, vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva puesto que se alejan del objeto de la acción de protección y conocen una causa que es de competencia de la justicia constitucional.[25]

En consecuencia, queda por demás establecido que las antinomias normativas y la errónea interpretación o aplicación de disposiciones infraconstitucionales no constituyen materia que pueda ser conocida por los jueces constitucionales mediante una garantía jurisdiccional de derechos, ya que estas no se enmarcan en el ámbito de lo constitucional y tienen una vía judicial idónea para ser resueltas.

Finalmente, en su más reciente pronunciamiento, la Sentencia n.º 023-13-SEP-CC, la Corte Constitucional determinó que la pretensión de los accionantes de la acción de protección era la reconsideración de los montos recibidos por concepto de su jubilación voluntaria. Ante dicha pretensión, la Corte estimó que los jueces de instancia, al negar la acción por improcedente actuaron conforme la normativa vigente y aplicable acorde con la naturaleza de la garantía, pues aquello constituye un asunto de mera legalidad que debe ser resuelto por los jueces ordinarios. Así, señalo que:

> Los jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al resolver la apelación, realizaron un ejercicio

25 Corte Constitucional. Sentencia n.º 021-13-SEP-CC, de 4 junio 2013, dentro del Caso n.º 0960-10-EP.

> hermenéutico acorde con las disposiciones contenidas en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; en aquel sentido, dada la naturaleza de la garantía, establecieron que las pretensiones de los accionantes no se encasillaron dentro de un escenario constitucional; al contrario, se detectó que la misma se encontraba relacionada con las diferencias en cuanto al monto a recibir por concepto de jubilaciones voluntarias.[26]

De modo que, aunque no contamos con una definición de qué asuntos rebasan la línea divisoria entre la legalidad y la constitucionalidad, si existe una determinación casuística que nos da luces y nos permite determinar cuándo una vulneración de derechos se enmarca en el ámbito de lo constitucional. Del análisis de algunos de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, podemos concluir que las pretensiones relacionadas con la inconformidad respecto de montos a pagar; cuantificación de indemnizaciones por despido o destitución; aplicación o cumplimiento de disposiciones contractuales, antinomias entre normas de rango infraconstitucional o errónea interpretación de una ley o reglamento no constituyen controversias susceptibles de acción de protección puesto que, a pesar de estar relacionadas con algún derecho contenido en la Constitución, su afectación no acarrea la vulneración del mismo.

Ante la necesidad de tomar en consideración las circunstancias fácticas de cada caso, no es posible establecer una definición o un catálogo cerrado de cuándo un acto administrativo vulnera derechos constitucionales. Por tal razón, son los jueces constitucionales y a la Corte Constitucional —a través de sus sentencias— quienes tienen la responsabilidad de definir caso por caso, de modo argumentado si verifican la existencia de vulneraciones a derechos constitucionales o si se trata de cuestiones de legalidad que son exclusivas de la justicia ordinaria. Es por eso que son los jueces quienes llevan

26 Corte Constitucional. Sentencia n.º 023-13-SEP-CC, de 4 junio 2013, dentro del Caso n.º 1975-11-EP.

la carga argumentativa y quienes deberán establecer dónde se encuentra el límite entre la legalidad y la constitucionalidad para cada caso.

## 5. La acción de protección como mecanismo de superposición o reemplazo de la justicia ordinaria

Como ya lo dijimos, la acción de protección no tiene por objeto absorber a la justicia ordinaria; esta garantía jurisdiccional fue incluida en la Constitución de la República para tutelar los derechos constitucionales de las personas. Y es ahí donde está su límite. Por eso, la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional, en sus últimas sentencias, se ha vuelto categórica en cuanto a este tema. De modo tajante ha señalado que la acción de protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales. Bajo ningún concepto estas pueden ser utilizadas para no acudir a las instancias correspondientes, pues aquello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional existente. Por lo que, tal y como ha sostenido la Corte Constitucional:

> Se debe precisar que el ordenamiento jurídico contempla mecanismos jurisdiccionales de protección pertinentes para la tutela de los derechos de las personas que puedan ser objeto de lesiones como consecuencia de la antinomia normativa de rango infra constitucional. Sostener lo contrario y permitir que la justicia constitucional, en este caso la Corte, incursione en esas competencias lesionaría el principio de interpretación integral de la Constitución y generaría como resultado que la tutela judicial constitucional termine por absorber a la justicia ordinaria […]
>
> A la luz de las normas constitucionales se puede afirmar que la tutela judicial no es patrimonio exclusivo de las acciones constitucionales, sino que es el derecho que dinamiza el sistema judicial en su conjunto.[27]

27 Corte Constitucional. Sentencia n.º 003-13-SIN-CC, de 4 abril 2013, dentro del Caso n.º 0042-11-IN y acumulados.

Además, recientemente la Corte Constitucional en la sentencia n.º 0016-13-SEP-CC, a este respecto ha dispuesto lo siguiente:

> La acción de protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales ordinarias, pues ello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución. En tal sentido, para garantizar la seguridad jurídica y el debido proceso se debe considerar siempre que según el artículo 76 numeral 3 de la Carta Suprema sólo se podrá juzgar a una persona ante el juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio para cada procedimiento; y además, de acuerdo el artículo 169 *ibídem* el sistema procesal constituye un medio para la realización de la justicia y, por tanto, las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficiencia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. En consecuencia, la acción de protección no sustituye a todos los demás medios judiciales pues en dicho caso, la justicia constitucional pasaría a asumir potestades que no le corresponden, afectando la seguridad jurídica de los ciudadanos y desvirtuando la estructura jurisdiccional del Estado y desconociendo la garantía institucional que representa la Función Judicial.[28]

Estas afirmaciones de la Corte Constitucional ecuatoriana no son una novedad; si acudimos a la jurisprudencia internacional también encontraremos varios pronunciamientos al respecto. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado reiteradamente que la acción de tutela (acción de protección) no es un medio alternativo de justicia. Así, en la Sentencia n.º T-106 de 1993 ha establecido que:

> […] no puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su

28 Corte Constitucional. Sentencia n.º 016-13-SEP-CC, de 16 mayo 2013, dentro del Caso n.º 1000-12-EP.

> carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento.[29]

Posteriormente, en la Sentencia n.º T-1048 de 2008, la Corte colombiana continuó con esta línea jurisprudencial y estableció:

> La jurisprudencia de esta Corte ha estimado que la acción de tutela no es un medio alternativo que pueda ser empleado en reemplazo de las acciones judiciales ordinarias, pues conllevaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional del Estado. Así, esta acción tampoco resulta procedente cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado ha contado con la posibilidad de ejercer las acciones ordinarias o especiales ante las autoridades jurisdiccionales, creadas para conocer de los litigios originados en actos de la administración.[30]

Por consiguiente, no quedan dudas de que la acción de protección no puede ser utilizada con el fin de evitar la justicia ordinaria; esta acción tiene su objeto y solamente procede cuando la vulneración de derechos cumple con los requisitos determinados en la Constitución y la ley. Como bien ha dicho la Corte Constitucional existen dos niveles, el de legalidad y el de constitucionalidad, y no se trata de una jerarquización, simplemente cada uno tiene su ámbito y no pueden superponerse ni reemplazarse.[31]

## 6. Mal uso de la acción de protección

En los últimos años, los comentarios y quejas respecto al mal uso de la acción de protección se han intensificado, tanto que, en la actualidad, las propuestas van hacia la restricción de esta garantía por medio de una reforma constitucional.

29 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-106 de 1993 y T-451 de 2010. Internet. *www.corteconstitucional.gov.co*.

30 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-1048 de 24 octubre 2008 y T-451 de 2010. Internet. *www.corteconstitucional.gov.co*.

31 Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 021-10-EP-CC, de 11 mayo 2010, dentro del Caso n.º 585-09-EP.

De modo general, se habla de dos tipos de abusos. El primero por parte de los abogados y abogadas, quienes prefieren presentar sus casos en la vía constitucional pues consideran que es el medio más rápido para obtener justicia. De ese modo, irrespetando el debido proceso están constitucionalizando todo tipo de controversias y desnaturalizando la acción de protección. Esto a su vez genera una serie de problemas. El reemplazo de la vía ordinaria con la constitucional, lejos de lograr los objetivos que persiguen los abogados, en la mayoría de los casos perjudica tanto al sistema de justicia como a los usuarios. Por un lado, se está sobrecargando a los jueces con acciones de protección improcedentes que congestionan aún más el sistema de justicia; y, por el otro, las partes procesales pierden valioso tiempo litigando infructuosamente, lo cual en el peor de los casos podría incluso ocasionar que una vez que se agoten todos los recursos en la vía constitucional y se dictamine que la vía ordinaria es la vía adecuada, esta ya no esté disponible porque han fenecido los términos para interponerla.

Sin embargo, este abuso por parte de quienes litigan no sería posible sin los jueces. Como bien ha dicho la Corte Constitucional, son los jueces los responsables de determinar si las controversias puestas a su conocimiento son susceptibles de acción de protección. Los usuarios pueden presentar las demandas de modo inadecuado, pero son los jueces de instancia quienes deben garantizar que no se desnaturalice la acción. Incluso la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el artículo 23[32] le da la facultad al juez para disponer de sus facultades correctivas y coercitivas en caso de que los peticionarios o abogados, abusando del derecho, presenten solicitudes que,

32 **Art. 23.- Abuso del derecho.-** La jueza o juez podrá disponer de sus facultades correctivas y coercitivas, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial, a quien, abusando del derecho, interponga varias acciones en forma simultánea o sucesiva por el mismo acto u omisión, por violación del mismo derecho y en contra de las mismas personas. En los casos en que los peticionarios o las abogadas y abogados presenten solicitudes o peticiones de medidas cautelares de mala fe, desnaturalicen los objetivos de las acciones o medidas o con ánimo de causar daño, responderán civil o penalmente, sin perjuicio de las facultades correctivas otorgadas a las juezas o jueces por el Código Orgánico de la Función Judicial y de las sanciones que puedan imponer las direcciones regionales respectivas del Consejo de la Judicatura.

entre otras cosas, desnaturalicen los objetivos de las acciones. Por lo que, la responsabilidad recae sin duda en los jueces, ellos tienen en sus manos el control de las acciones de protección. Son ellos quienes deben garantizar que se respete el debido proceso, la seguridad jurídica y se cumpla a cabalidad el objeto de la acción de protección. Por eso, Ramiro Ávila Santamaría sostiene que "lo que resulta inaceptable es que los jueces y juezas no hagan la distinción y permitan la litigación de derechos patrimoniales, que tienen sus propios mecanismos, por la vía de los derechos primarios o fundamentales".[33]

Cuando los jueces que no efectúan un real estudio de si el caso puesto a su conocimiento se encuentra en el ámbito de la legalidad o de la constitucionalidad, terminan por conocer causas que nos les corresponden o por desechar otras que sí deberían resolver; y lo grave de esto es que con ello vulneran los derechos constitucionales de las partes y entorpecen la justicia constitucional. Y los únicos perjudicados, por supuesto, siempre son los ciudadanos que buscan justicia.

Por lo tanto, es cierto que en la práctica existen abusos y errores parte de todos quienes participan en los procesos de acciones de protección, pero una garantía que permita el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales de las personas es sumamente importante dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia; por lo que restringirla no parece ser la solución. El mal uso o el abuso del derecho puede darse en todos los ámbitos de la justicia, por lo que parece más real y efectivo abordar el problema desde los jueces; que sean ellos quienes, en virtud de sus potestades, ejerzan como verdaderos defensores de las garantías jurisdiccionales.

Por supuesto, eso no exime que usuarias, usuarios, abogadas, abogados, juezas y jueces deben respetar la Constitución, la ley, así como observar los precedentes constitucionales que son obligatorios y que nos permiten saber cómo debemos ejercer las garantías jurisdiccionales; de tal forma que la acción de protección sea ejercida de conformidad con su objeto.

33 Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, p. 240.

## 7. Reflexiones finales

Una vez analizada la jurisprudencia constitucional que ha hecho referencia a las acciones de protección, podemos realizar algunas reflexiones finales:

- La acción de protección tiene un objeto bien definido que debe ser respetado por todos quienes de una u otra forma intervenimos en una acción de protección. Así, únicamente los derechos constitucionales encuentran tutela en esta garantía jurisdiccional y los demás son patrimonio exclusivo de la justicia ordinaria. Por consiguiente, todos los derechos cuentan con vías idóneas y adecuadas propias para su protección y deben ser siempre utilizadas.
- La justicia constitucional no se encuentra facultada para resolver problemas legales que no acarreen vulneración de derechos constitucionales.
- Es responsabilidad de los jueces de instancia verificar que la controversia puesta a su conocimiento se trate de una vulneración a un derecho constitucional. De no ser así, están en la obligación de negar la acción y dejar claro, de forma motivada, que existen vías en la justicia ordinaria adecuadas para la resolución de tal controversia. Por consiguiente, son ellos quienes llevan la carga argumentativa y quienes, caso a caso, determinan dónde se encuentra el límite entre la legalidad y la constitucionalidad del derecho vulnerado.
- La acción de protección no puede ser vista como la vía para reemplazar otras vías judiciales, pues la justicia constitucional no ha sido creada para superponerse a la justicia ordinaria. Aquello vulnera los principios de especialización de la justicia y desarticula la estructura jurisdiccional dispuesta en la Constitución de la República.
- El mal uso de la acción de protección por parte de usuarios, abogados y jueces atenta contra la Constitución y perjudica al sistema de justicia y a la ciudadanía.

## 8. Bibliografía

Ávila Santamaría, Ramiro. "Del amparo a la acción de protección jurisdiccional". *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Ed. Dunia Martínez Molina. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011.

_____. "Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008". *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila, Rubén Martínez y Agustín Grijalva. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Ávila Santamaría, Ramiro *et al*. IV Ciclo de Debates. Técnicas de Litigio en DDHH. *Neoconstitucionalismo, libertad de opinión y drecho a la honra*. Ed. Salim Zaidán. Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2012.

Grijalva, Agustín. "Las garantías constitucionales en Ecuador: doctrina y evolución en las constituciones de 1998 y 2008". *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011.

Montaña Pinto, Juan. "Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección". *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2. Eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2012.

Ríos Álvarez, Lautaro. "La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno". *Estudios constitucionales*, año 5, n.º 2. Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile.

### 8.1. Jurisprudencia constitucional ecuatoriana

Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 021-10-EP-CC, de 11 mayo 2010, dentro del Caso n.º 585-09-EP.

Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 069-10-SEP-CC, de 9 diciembre 2010, dentro del Caso n.º 0005-10-EP.

Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 001-10-JPO-CC, de 22 diciembre 2010, dentro del Caso n.º 999-09-JP.

Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 045-11-SEP-CC, de 24 noviembre 2011, dentro del Caso n.º 0385-11-EP.

Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 055-11-SEP-CC, de 15 diciembre 2011, dentro del Caso n.º 0564-10-EP.

Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 056-11-SEP-CC, de 15 diciembre 2011, dentro del Caso n.º 0529-11-EP.

Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 029-12-SEP-CC, de 8 marzo 2012, dentro del Caso n.º 923-09-EP.

Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 049-12-SEP-CC, de 27 marzo 2012, dentro del Caso n.º 645-09-EP.

Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 088-12-SEP-CC, de 29 de marzo 2012, dentro del Caso n.º 809-10-EP.

Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 140-12-SEP-CC, de 17 abril 2012, dentro del Caso n.º 1739-10-EP.

Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 122-12-SEP-CC, de 10 abril 2012, dentro del Caso n.º 730-09-EP.

Corte Constitucional. Sentencia n.º 003-13-SIN-CC, de 4 abril 2013, dentro del Caso n.º 0042-11-IN y acumulados.

Corte Constitucional. Sentencia n.º 016-13-SEP-CC, de 16 mayo 2013, dentro del Caso n.º 1000-12-EP.

Corte Constitucional. Sentencia n.º 021-13-SEP-CC, de 4 junio 2013, dentro del Caso n.º 0960-10-EP.
Corte Constitucional. Sentencia n.º 023-13-SEP-CC, de 4 junio 2013, dentro del Caso n.º 1975-11-EP.
Corte Constitucional. Sentencia n.º 024-13-SEP-CC, de 7 junio 2013, dentro del Caso n.º 1437-11-EP.

## 8.2. Jurisprudencia internacional

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia n.º T-106 de 1993. *www.corteconstitucional.gov.co*.
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia n.º T-1048 de 2008. *www.corteconstitucional.gov.co*.
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia n.º T-451 de 2010. *www.corteconstitucional.gov.co*.

# La acción extraordinaria de protección

Francisco José Bustamante Romoleroux*

## 1. De las garantías jurisdiccionales

La Constitución expedida en el 2008 en relación con su antecesora, ha desarrollado una importante cantidad de derechos, o mejor dicho, a parte de los ya contemplados en la Constitución política, la actual Carta magna incorpora nuevos derechos y los relaciona estrictamente en con el buen vivir, como modelo de desarrollo.[1] Con el afán de tutelar adecuadamente estos derechos, la Norma fundamental incorpora una serie de garantías constitucionales, entre las que encontramos las garantías normativas, de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana y jurisdiccionales.

Respecto de estas últimas, cabe señalar que constituyeron uno de los aportes esenciales respecto de la anterior Constitución política, al verse ampliado el tipo de acciones al que los ciudadanos pueden acudir para la protección de sus derechos constitucionales. Ante lo cual, se puede afirmar que las garantías jurisdiccionales constituyen "la posibilidad de ejercer el derecho de acción para lograr la tutela efectiva de los derechos […] a través de una serie […] de instrumentos procesales que —dentro del sistema jurídico estatal— cumplen la función de la tutela directa de los derechos constitucionales […]".[2]

* Abogado, Universidad de las Américas; LLM en Derecho Energético y Medioambiental, Universidad de Tulane, Nueva Orleans. En la actualidad, especialista constitucional jurisdiccional en la secretaría técnica jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador.

1 Grijalva Jiménez, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 1.ª reimp., 2012.

2 Montaña Pinto, Juan, ed. *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. II. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2012, p. 35.

De esta forma, el accionar de estos mecanismos jurisdiccionales, pretende proteger derechos constitucionales y derechos recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, mediante la declaración de vulneración de un derecho y la debida reparación del mismo. Por lo que se colige que a través de las garantías jurisdiccionales, no se busca únicamente cesar la vulneración del derecho, sino la reparación integral de los mismos, en los términos contemplados en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que de manera general prevé que esta "procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación […]".

Así, estas garantías constituyen mecanismos jurisdiccionales determinados en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), para precautelar el Estado constitucional de derechos y justicia adoptado en el último proceso constituyente, siendo el fin ulterior de este modelo desde lo judicial, la realización de la justicia; de este modo, las garantías jurisdiccionales coadyuvan a que el Estado cumpla su rol garantista de derechos, conforme lo determinado en el artículo 11, numeral 9 de la Constitución de la República.[3] Adicionalmente, al ser los derechos constitucionales de directa e inmediata aplicación, así como plenamente justiciables, los jueces adquieren un rol protector de derechos más amplio y activo, constituyéndose en los principales *garantes jurisdiccionales de todos los derechos*.[4]

De esta manera, y en conformidad con lo dispuesto en la LOGJCC, las garantías jurisdiccionales persiguen*:*

> […] la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de

3 Constitución de la República. Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: […] 9) El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

4 Ávila Santamaría, Ramiro. *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 1.ª reimp., 2012, p. 211.

> 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]

Por otro lado, se puede indicar que las garantías jurisdiccionales comportan las siguientes características: a) cualquier persona, grupo, comunidad pueblo o nacionalidad, se encuentra facultado para ejercer las acciones constitucionales derivadas de garantías jurisdiccionales; b) se tratan de procedimientos sencillos, orales, donde son hábiles todos los días y horas, y se presenta ante el juez del lugar donde ocurrió la vulneración dado que es el competente para conocer la causa; c) el incumplimiento con las resoluciones y dictámenes expedidos en materia de garantías jurisdiccionales, podría acarrear la destitución del servidor que no ha acatado lo ordenado; entre otras determinadas en el artículo 8 de la Constitución.

Entendida la naturaleza de las garantías jurisdiccionales, es oportuno mencionar que entre las consagradas en la Constitución vigente, encontramos a la acción de protección,[6] el hábeas corpus,[7] la acción de acceso a la información pública,[8] el hábeas data,[9] la

5 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 6.

6 Constitución de la República. Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

7 *Ibíd.*, Art. 89.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad […].

8 *Ibíd.*, 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 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.

9 *Ibíd.*, 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 o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes,

acción por incumplimiento,[10] y la acción extraordinaria de protección, la cual constituirá en el eje central del presente estudio.

A breves rasgos, respecto de esta última, podemos indicar que se trata de una acción estrictamente residual mediante la cual, se verifica que las actuaciones de los jueces ordinarios, dentro de las resoluciones que emitan durante los casos puestos a su conocimiento, no vulneren derecho constitucional alguno, en especial aquellos relacionados con el debido proceso; y, en caso de identificar la existencia de vulneración, se proceda con la declaración de "nulidad a partir de la actuación procesal violatoria, y devolver al juez respectivo el proceso […]",[11] para que actúe conforme lo ordenado por la Corte Constitucional en su sentencia.

Sin embargo, ya en la práctica, se han presentado situaciones que permiten debatir si la naturaleza de la acción extraordinaria de protección ha sido adoptada propiamente dentro de la cultura jurídica ecuatoriana, debido a que la realidad denota una incomprensión de esta garantía jurisdiccional en particular, al tratar de equipararla como una nueva instancia dentro de la justicia ordinaria.

Así, este documento abordará una realidad que sufre la acción extraordinaria de protección, respecto de su aplicación en la vida cotidiana, situaciones que han afectado la naturaleza propia de la acción al punto de tratar de desnaturalizarla y convertirla en una instancia más de impugnación, en este caso específico, respecto de sentencias, decretos y autos definitivos que se encuentren ejecutoriados, conforme la naturaleza de la acción extraordinaria de protección.

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 […].

10 *Ibíd.*, Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.

11 Agustín Grijalva Jiménez, *op. cit.*, p. 236.

## 2. La acción extraordinaria de protección

La Constitución de la República, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 424, constituye "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 […]"; de esta forma, las actuaciones de la función judicial también son sujetas a control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional del Ecuador. De este modo, la supremacía constitucional implica no solo que las normas se ajusten a su contenido, sino que las juezas y jueces, y por tanto sus actuaciones se encuentran sujetas "antes y primero a la Constitución que a la ley, pues esta misma deriva su legitimidad sólo de aquella […]",[12] y en consecuencia sus resoluciones deben enmarcarse en lo determinado en la Constitución y la ley.

De acuerdo con lo señalado en líneas anteriores, mediante el presente documento se pretende analizar la acción extraordinaria de protección desde una perspectiva pragmática, dada la cantidad de causas presentadas ante la Corte Constitucional, que se han visto rechazados en cuanto a su pretensión de reconocimiento de vulneración de derecho, al confundir la "clase" de derechos tutelados mediante esta acción, como se verá más adelante. De igual manera, existe confusión dentro del usuario, que mediante el uso de una acción extraordinaria de protección, pretende que se resuelva aspectos de mera legalidad y de esta forma la Corte Constitucional realice interpretaciones de carácter infraconstitucional, situación que no tiene competencia para hacerlo.

En esta línea se hace importante señalar que la Corte Constitucional constituye *el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia*;[13] por tanto y al tenor de lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente

12 Agustín Grijalva, *op. cit.*, p. 272.
13 Constitución de la República, artículo 429.

para conocer y resolver sobre las acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia.[14]

En concordancia con lo expuesto en el párrafo anterior, la acción extraordinaria de protección, de acuerdo con la Constitución de la República,[15]

> […] 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. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado […].

Si bien la citada normativa constitucional no proporciona una definición de lo que es precisamente la acción extraordinaria de protección, no obstante determina dos parámetros para la procedencia:

a) Se traten efectivamente de derechos constitucionales los alegados como vulnerados.
b) Se colige que dichos autos o sentencias deberán encontrarse ejecutoriados.

En esta línea, la LOGJCC determina que el objeto de la acción abarca "la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución […]".[16] En otras palabras, el

14 *Ibíd.*, Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:
1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas.
2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

15 *Ibíd.*, artículo 94.

16 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 58.

fin "de la acción extraordinaria de protección radica en la defensa de los derechos constitucionales y las normas del debido proceso ante su vulneración, a través de sentencias o autos firmes o ejecutoriados […]".[17]

Sin embargo, el hecho que a través de esta garantía se puedan revisar sentencias o autos que ponen fin a un proceso, ha ocasionado que se la mal interprete y se la llegue a utilizar como un medio de impugnación adicional, fuera de la justica ordinaria y así "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 […]",[18] entre otros argumentos en contra que ha recibido esta acción, a pesar de lo cual, para el presente estudio, constituye el más representativo.

De lo analizado hasta el momento, se desprende que tanto lo consagrado en la Constitución como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, se presentan elementos en común, que se ratifican en la jurisprudencia constitucional. Es decir, la Carta magna, la LOGJCC y la jurisprudencia confirman y ratifican la necesidad de que se traten de derechos constitucionales los sometidos a conocimiento de la Corte, y que las sentencias o autos impugnados deben encontrarse ejecutoriados, por tanto, se debió haber agotado los recursos disponibles en la justicia ordinaria de forma previa a la presentación de la acción.

En resumen, la acción extraordinaria de protección, conforme lo señalado previamente por la Corte Constitucional para el Período de Transición:[19]

> […] consiste en que la vulneración de derechos constitucionales o la violación de normas del debido proceso no queden en la

17 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 023-13-SEP-CC, Caso n.º 1975-11-EP. Jueza constitucional: María del Carmen Maldonado.

18 Lema Otavalo, María Mercedes. "La acción extraordinaria de protección: naturaleza, competencia y procedimiento". *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. II. Eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/CEDEC, 2012, p. 134.

19 Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 003-09-SEP-CC, Caso n.º 0064-0S-EP. Jueza sustanciadora: Dra. Nina Pacari Vega.

> impunidad, por lo que asumiendo el espíritu tutelar de la vigente Carta Fundamental, mediante esta acción excepcional se permite que las sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas puedan ser objeto de revisión por parte del más alto órgano de control de constitucionalidad en el país como es la Corte Constitucional […].

Por otro lado, la LOGJCC establece quiénes se encuentran facultados para acudir a la justicia constitucional para accionar esta garantía; así, cualquier persona o grupo de personas pueden presentar la acción[20] siempre y cuando se lo realice dentro del término establecido en la propia ley, es decir, veinte días desde la notificación con la decisión judicial que se impugna;[21] así lo ha reiterado la Corte Constitucional al señalar que:

> […] todos los ciudadanos, en forma individual o colectiva, podrán presentar una acción extraordinaria de protección, contra las sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, en los cuales se hayan vulnerado derechos reconocidos en la Constitución, mecanismo previsto para que la competencia asumida por los jueces esté subordinada a los mandatos del ordenamiento supremo […].[22]

De este modo, se puede afirmar que este mecanismo pretende que evitar la impunidad; debido a ello, y en consecuencia con el principio de supremacía constitucional,[23] la acción extraordinaria

20 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 59.- 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 por sí mismas o por medio de procurador judicial.

21 *Ibíd.*, Art. 60.- El término máximo para la interposición de la acción será de veinte días contados desde la notificación de la decisión judicial a la que se imputa la violación del derecho constitucional, para quienes fueron parte; y, para quienes debieron serlo, el término correrá desde que tuvieron conocimiento de la providencia.

22 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 023-13-SEP-CC, Caso n.º 1975-11-EP. Jueza constitucional: Dra. María del Carmen Maldonado.

23 Constitución de la República. Art. 424.- 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. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos

se hace extensiva no solo a acciones, sino también a omisiones por parte de los operadores de justicia, respecto de actuaciones emanadas en el marco de sus competencias, que requieren que los legitimados activos hayan agotado previamente los recursos verticales y horizontales vigentes en el ordenamiento jurídico.

Una vez entendida la naturaleza propia de la acción extraordinaria de protección, ya en la práctica ocurre que muchas demandas que, a pesar de haber sido aceptadas en los procesos de admisión en la Corte Constitucional, deben ser negadas al momento de la sentencia en cuanto al reconocimiento de las pretensiones solicitadas. Esto se presenta, en la mayoría de casos, en las siguientes situaciones, que dicho sea de paso, se encuentran vinculadas, como evidenciará a continuación:

a) Los accionantes utilizan la vía extraordinaria de protección de manera equivocada para hacer valer sus derechos; y,
b) Los accionantes solicitan a la Corte Constitucional que, mediante acción extraordinaria de protección, dirima respecto de derechos que surgen a partir de la aplicación de normas infraconstitucionales o, incluso, la interpretación de cláusulas contractuales.

Con relación al primer escenario, llega a conocimiento de la Corte Constitucional, demandas en las cuales se pretende que este organismo, vía acción extraordinaria de protección, se pronuncie acerca de la errónea aplicación por parte de la justicia ordinaria de normas de carácter infraconstitucional. Al respecto, la Corte Constitucional para el Período de Transición, en la Sentencia n.º 017-12-SEP-CC[24] manifestó que:

> […] la competencia de la Corte Constitucional aplicada por medio de la acción extraordinaria de protección, no implica la revisión

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.

24 Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 017-12-SEP-CC, Caso n.º 0439-11-EP. Juez sustanciador: Dr. Patricio Herrera Betancourt.

> de aquello propuesto como errado o incorrecto en la sentencia emitida por jueces de la justicia ordinaria, incluyendo como tal la valoración de las pruebas presentadas dentro del proceso, sino que incluye la reapertura procesal de un caso en base a la vulneración de derechos constitucionales […].

En este sentido, si una persona considera que un juez ha realizado una aplicación errónea de una norma infraconstitucional y ha llegado o puede llegar a comprometer derechos constitucionales, la vía adecuada para el reconocimiento del derecho no constituye la acción extraordinaria de protección; para ello la propia LOGJCC contempla otros mecanismos constitucionales para el efecto, como por ejemplo, la acción de incumplimiento, determinado en el artículo 52, *ibíd*.

Respecto del segundo escenario, existen muchos casos de demandas donde en realidad lo que se pretende es que el juez constitucional dirima sobre la interpretación de normas infraconstitucionales,[25] por lo que no se tratan de derechos de naturaleza constitucional los que pretende tutelar, sino derechos u obligaciones generadas a partir de la norma jerárquicamente inferior. De ahí la importancia de determinar con exactitud si en efecto se tratan de derechos constitucionales los vulnerados, o derechos de naturaleza infraconstitucional o interpretaciones de esta clase.

En otras palabras, la Corte Constitucional no puede pronunciarse vía acción extraordinaria de protección respecto de un conflicto de interpretación de normas infraconstitucionales que forman parte del ordenamiento jurídico, tarea que corresponde a los jueces de la justicia ordinaria, pues la jurisdicción constitucional no posee la facultad para conocer de este tipo de situaciones. En ese sentido, la Corte Constitucional al momento de analizar la acción, debe centrarse en los presuntos derechos constitucionales vulnerados, y pronunciarse exclusivamente sobre ellos, en virtud de que los jueces y juezas de este organismo no poseen competencia para

25 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 003-13-SIN-CC, Casos 0042-11-IN, 0043-11-IN y 0045-11-IN, acumulados.

pronunciarse respecto de temas de mera legalidad, que en su momento fueron debidamente atendidos por instancias ordinarias.

Un ejemplo de lo anterior, se refleja en la Sentencia n.º 0016-13-SEP-CC, Caso n.º 1000-12-EP, donde la Corte, entre otros importantes aportes, señaló:

> […] Dentro de la argumentación de los accionantes para presentar la acción extraordinaria de protección, se encuentra la alegación de la inseguridad que generaría la aplicación de las normas contenidas en el Decreto Ejecutivo N.º 813; empero lo accionantes no relacionan aquella supuesta vulneración con la decisión de la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja, frente a lo cual se debe precisar que para garantizar la seguridad jurídica dentro de un Estado Constitucional existen los procedimientos que corresponden a cada una de las acciones, dependiendo la causa sobre la cual se litigue. El respeto al trámite correspondiente constituye uno de los ejes centrales que permite el cumplimiento de las normas del debido proceso, y fomentan la seguridad jurídica en el país, por lo que intentar subsanar la supuesta violación de derechos constitucionales mediante procedimientos ajenos a la naturaleza de la garantía si genera inseguridad jurídica, pero sobre todo provoca la desnaturalización de la acción extraordinaria de protección, al pretender que se resuelva por los canales constitucionales asuntos de mera legalidad para las cuales la jurisdicción ordinaria ha establecido el trámite respectivo […].

Como se puede apreciar, en este caso la Corte Constitucional detectó que la pretensión del accionante consistía en que este organismo se pronuncie respecto de un conflicto de normas infraconstitucionales, situación que de acuerdo con lo expresado, desnaturaliza el propósito de la acción, considerando además que la jurisdicción ordinaria provee los canales pertinentes para la resolución del conflicto.

Mediante este pronunciamiento, es evidente que la Corte Constitucional impide que, y como se ha venido suscitando en la práctica, se considere a la acción extraordinaria de protección como una nueva instancia. En ese sentido, frente a la:

> […] antinomia jurídica generada en cuanto a la interpretación de normas infraconstitucionales […] la legislación ecuatoriana ha establecido los mecanismos para que las partes procesales puedan hacer valer sus derechos determinándose a la jurisdicción contencioso administrativa como la competente […].[26]

Es decir, al existir los canales pertinentes en la vía ordinaria, y al no tratarse de vulneración de derechos constitucionales propiamente, mal se haría en utilizar esta acción para tratar de reivindicarlos, situación que se ha venido presentando constantemente en la realidad jurídica del país.

En ese sentido, es necesario asegurarse antes de plantear una acción extraordinaria de protección, que efectivamente se traten de derechos constitucionales los supuestamente vulnerados, y por otro lado, asegurarse de haber agotado todas las instancias en la jurisdicción ordinaria; de lo contrario, el accionante estaría desnaturalizando el propósito y fin de la acción y de las garantías jurisdiccionales, que, como se desprende de párrafos anteriores, constituye la tutela eficaz e inmediata de derechos constitucionales. De lo contrario, si la Corte dentro de sus fallos, se llegara a pronunciar respecto de temas de mera legalidad, se crearía verdadera inseguridad jurídica, al vulnerarse otros derechos de naturaleza constitucional, como son la tutela judicial efectiva y a la propia seguridad jurídica, consagrados en los artículos 75 y 82 de la Constitución de la República, respectivamente.

A modo de referencia, la tutela judicial efectiva comprende no solo el derecho de acceso a la justicia, sino también el deber de las juezas y jueces de ajustar sus actuaciones a lo determinado en la Constitución y la ley, asumiendo así su rol de garantes de derechos dentro de procesos judiciales. De esta manera, la tutela judicial efectiva debe ser entendida como:

> […] una facultad conocida procesalmente como derecho de petición, lo cual implica una serie de obligaciones por parte del ente estatal; por un lado, requiere la existencia de un órgano

26 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.° 0016-13-SEP-CC, Caso n.° 1000-12-EP.

> jurisdiccional y de jueces y juezas, quienes investidos de potestad jurisdiccional deben velar por el cumplimiento de la Constitución y la ley, aplicándolos a un caso concreto para lograr de este modo la justicia […].[27]

En ese mismo sentido, la seguridad jurídica se la entiende:

> […] como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de estos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela.[28]

De este modo, para que se pueda determinar una vulneración al derecho a la seguridad jurídica, corresponde verificar que exista una vulneración de naturaleza constitucional, así como la inexistencia de normas jurídicas claras, públicas, exigibles y dictadas por autoridad competente.[29]

Por tanto, los jueces constitucionales deben comprobar que no existan los canales pertinentes en la justicia ordinaria o que el accionante los haya agotado de forma previa a la presentación de la acción, así como que se traten de derechos constitucionales los presumidos vulnerados; de lo contrario, la propia actuación del organismo comportaría la vulneración de los derechos antes citados.

De igual manera, queda evidenciado también que la inconformidad resultante del fallo judicial, tampoco es objeto de acción extraordinaria de protección, al no ser esta una herramienta prevista como una instancia dentro de procesos en jurisdicciones ordinarias. Así lo ha reiterado la Corte, señalando que esta garantía jurisdiccional "no ha sido destinada para suplir mecanismos para

27 Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 042-12-SEP-CC, Caso n.º 0085-09-EP. Juez constitucional: Dr. Patricio Herrera Betancourt.

28 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n.º 0006-09-SEP-CC, Caso n.º 0002-08-EP.

29 Ver artículo 82 de la Constitución del Ecuador.

dirimir situaciones jurídicas ya definidas mediante actuaciones judiciales que han sido proferidas con sujeción al ordenamiento jurídico vigente […].[30]

De tal manera, y en conformidad con el fallo anterior, es necesario que los jueces ordinarios sepan diferenciar si efectivamente se tratan de derechos constitucionales los vulnerados o si se tratan de derechos de carácter ordinario. Así lo supo indicar la Corte Constitucional, en el fallo anteriormente referido, es decir la Sentencia n.º 0016-13-SEP-CC, en la cual, en su parte resolutiva, determinó dos reglas de aplicación obligatoria para casos análogos, de efectos *inter pares* e *inter comunis*, respecto de la actuación de los jueces constitucionales de instancia que conocen de acciones de protección de derechos. Las reglas antes citadas son:

i. El juez que conoce de garantías jurisdiccionales de los derechos debe adecuar sus actuaciones a las normas constitucionales, legales y jurisprudenciales que integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano; por tanto, los filtros regulatorios para determinar su competencia se circunscriben a la vulneración de derechos constitucionales, mas no a problemas que se deriven de antinomias infraconstitucionales, como es el caso de la supuesta antinomia entre la Ley Orgánica del Servicio Público y el Decreto Ejecutivo n.º 813. Al constituirse esta regla en criterio interpretativo de la Constitución y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que precautela la materialización de la igualdad material y formal, debido proceso y seguridad jurídica, evitando la superposición de la justicia constitucional a la justicia ordinaria, esta regla tendrá efectos para todos aquellos casos que presenten identidad en la pretensión, es decir en el patrón fáctico aquí detallado.

30 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 0002-11-SEP-CC, Caso n.º 0032-2009-EP. Juez sustanciador: Dr. Manuel Viteri Olvera.

ii. Las reclamaciones respecto a las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública que contravengan normas legales son competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Con la finalidad de salvaguardar los derechos a la igualdad formal y material, y seguridad jurídica de las personas; cuando se demande una presunta antinomia entre normas de rango infraconstitucional deberá acudirse al recurso de anulación u objetivo como el mecanismo jurisdiccional ordinario pertinente e idóneo propio de la jurisdicción contencioso administrativa para atender dicha problemática conforme lo ha resuelto la Corte Constitucional en la Sentencia n.º 003-13-SIN-CC, Casos 0042-11-IN, 0043-11-IN y 0045-11-IN, acumulados. Al constituirse esta regla en criterio interpretativo de la Constitución que precautela la materialización de la igualdad material y formal, debido proceso y seguridad jurídica, evitando la superposición entre mecanismos jurisdiccionales previstos en la Constitución; esta regla tendrá efecto para todos aquellos casos que presenten identidad en la pretensión, es decir en el patrón fáctico aquí detallado.

Al ser la sentencia *inter pares* e *inter comunis*, y aplicados a casos análogos, los jueces constitucionales de instancia, de forma previa a remitir un proceso a conocimiento de la Corte Constitucional, deberá realizar un análisis orientado a determinar si se tratan de derechos constitucionales los que se presumen vulnerados. En caso de evidenciar que se tratan de derechos constitucionales los vulnerados, debe proceder con la remisión de la causa ante la Corte Constitucional. En caso de tratarse de derechos ordinarios, el juez que conoce un recurso de apelación dentro de una acción de protección debería proceder a desecharlo.

En ese mismo sentido, las reglas antes citadas pretenden también establecer un límite respecto de "los conflictos que pudieren generarse respecto a la aplicación errónea o mala interpretación de

las disposiciones normativas infraconstitucionales no pueden ser objeto del análisis por parte de la justicia constitucional vía garantías jurisdiccionales de los derechos, puesto que para ello existen los intérpretes normativos competentes […]".[31]

De esta forma, la expedición de estas reglas constituye un desarrollo de las normas contenidas tanto en la Constitución como en la LOGJCC, es decir, vía jurisprudencial la Corte determinó como filtro adicional para la procedencia de la acción ante este organismo, el carácter constitucional de los derechos presuntamente vulnerados, situación que debe ser analizada por el juez ante quien se plantea el recurso de apelación dentro de la acción de protección.

Queda todavía por analizar qué es un derecho constitucional. Es decir, es momento de plantearse ¿cuál es la diferencia entre los derechos ordinarios, de aquellos de naturaleza constitucional? Según Agustín Grijalva,[32] la respuesta a esta interrogante no tiene una solución fácil de establecer, ya que correspondería a la Corte Constitucional, a través de la expedición de sus sentencias constitucionales, ir definiendo el contenido de estos derechos.

De igual manera, la doctrina constitucional nos brinda un acercamiento a posibles respuestas a la interrogante antes plasmada. En primer lugar, se destaca una precisión muy necesaria en tanto que la justicia constitucional como la justicia ordinaria protegen derechos, lo que constituye uno de los motivos para la existencia de esta confusión.[33]

Sin embargo, a decir de Ferrajoli[34] existen diferentes clases de derechos de acuerdo con los bienes jurídicos que se protegen, que pueden ser considerados como ordinarios, entre los cuales se encuentran los derechos reales y de crédito vinculados con la propiedad, que constituyen derechos singulares y subjetivos, mientras que los constitucionales se encuentran vinculados con la esencia del ser humano, tendientes a un proceso inclusivo en tanto

31 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.° 0016-13-SEP-CC, Caso n.° 1000-12-EP.

32 Agustín Grijalva Jiménez, *op. cit.*, p. 236.

33 Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, p. 227.

34 Luigi Ferrajoli. *Derechos fundamentales y derechos patrimoniales*, citado por Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, p. 228.

todas las personas tienen todos los derechos. De igual manera, se destacan como características de los derechos ordinarios en tanto son disponibles, negociables, alienables e incluso consumibles. Así pueden también verse restringidos, acumulados, o se los pierde por voluntad. En tanto, los derechos constitucionales son de naturaleza indisponible, inalienable, inviolable e intransigibles.

A pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, la Corte ha sido clara en determinar que dada la naturaleza de los derechos constitucionales, al gozar todos de la misma jerarquía, corresponde a los jueces ordinarios proceder con un análisis que permita diferenciar si los derechos vulnerados son de origen constitucional o no. Entonces, queda claro que los jueces, mediante un análisis caso por caso, deberán determinar el origen de la vulneración.

A su vez, se hace necesario también determinar cuándo se trata de una vulneración al debido proceso constitucional de una vulneración, respecto del debido proceso entendido como actos de procedimiento. Respecto del primero, la Corte Constitucional ha manifestado que:

> […] se convierte en la garantía de los derechos constitucionales del individuo, de la tutela efectiva de las libertades e intereses legítimos de las personas. Ocurre la vulneración cuando por acción u omisión se ha impedido el ejercicio de uno o varios derechos constitucionales, tales como: la defensa, el debido proceso, la igualdad, la libertad, etc., casos en los que la persona creyese vulnerado sus derechos debe recurrir a la jurisdicción constitucional […];[35]

Por su parte, y en relación con los actos de procedimiento:

> […] cuando estos no se han cumplido adecuadamente o inobservando lo prescrito en el procedimiento legal provocan nulidad, pueden, también provocar ilegalidad del acto, casos en los cuales la persona, que se considere afectada por la inobservancia de estas normas, puede acudir a la jurisdicción pertinente para remediar estas situaciones […].[36]

35 Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 169-12-SEP-CC, Caso n.º 1568-10-EP. Jueza constitucional: Dra. Nina Pacari Vega.

36 *Ibíd*.

Es decir, en el primer caso, las vulneraciones se producen sobre derechos constitucionales, mientas que en el segundo caso, las vulneraciones lesionan normas infraconstitucionales.

De esta manera, la Sentencia n.º 0016-13-SEP-CC constituye un aporte fundamental para el desarrollo de esta garantía jurisdiccional en la práctica constitucional, ya que a partir de la misma, ha quedado establecido las reglas que servirán a los jueces como fundamento para determinar si efectivamente se ha vulnerado o no un derecho constitucional. De tal modo, esta jurisprudencia constituye un factor importante para la evitar la desnaturalización de esta garantía, al establecer algunas guías generales que servirán de guía a los jueces que conocen de acciones extraordinarias de protección, para aceptarlas o rechazarlas, sobre la base de la clase de derechos que se pretendan tutelar. Con esto se pretende fortalecer a la acción extraordinaria de protección instituyéndola como la garantía idónea y eficaz, para asegurar el ejercicio de la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y por supuesto, el debido proceso.

## 3. Conclusiones

De lo expuesto anteriormente, se pueden obtener algunas conclusiones que coadyuvarán al fortalecimiento de esta garantía jurisdiccional, a efectos de que no se vea desnaturalizada por la práctica jurídica ecuatoriana:

1. La acción extraordinaria de protección no debe ser considerado como otra instancia para la justicia ordinaria, ya que la misma comporta una naturaleza residual, es decir, se la ejerce a partir de una situación específica.
2. Se deben tratar de derechos constitucionales los vulnerados, por tanto las/los accionantes a través de su demanda deberán establecer el carácter constitucional de los mismos, al igual que demostrar el agotamiento de los recursos y canales pertinentes en la vía ordinaria.

3. Los jueces que conocen de recursos de apelación dentro de acciones de protección, antes de remitir el expediente a la Corte Constitucional, deberán determinar la naturaleza de los derechos vulnerados.

## 4. Bibliografía

Ávila Santamaría, Ramiro. Los derechos y sus garantías: ensayos críticos. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 1.ª reimp., 2012, Ecuador.

Grijalva Jiménez, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 1.ª reimp., 2012.

Martínez Molina, Dunia, ed. *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 1.ª reimp., 2012.

Montaña Pinto, Juan, ed. *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. II. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2012.

### 4.1. Instrumentos normativos

Constitución de la República, Registro Oficial n.º 449, de 20 octubre 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52, de 22 octubre 2009.

### 4.2. Jurisprudencia constitucional

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 023-13-SEP-CC, Caso n.º 1975-11-EP.

Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 003-09-SEP-CC, Caso n.º 0064-0S-EP.

Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 017-12-SEP-CC, Caso n.º 0439-11-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 003-13-SIN-CC, Casos 0042-11-IN, 0043-11-IN y 0045-11-IN, acumulados.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.° 0016-13-SEP-CC, Caso n.° 1000-12-EP.

Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 042-12-SEP-CC, Caso n.º 0085-09-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 0006-09-SEP-CC, Caso n.º 0002-08-EP.

Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia n.º 0002-11-SEP-CC, Caso n.º 0032-2009-EP.

Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 169-12-SEP-CC, Caso n.º 1568-10-EP.

# La garantía del hábeas corpus en el Estado constitucional de derechos y justicia

Carlos Aguirre*

En pleno siglo XXI, una de las responsabilidades fundamentales que tiene el Estado con la colaboración subsidiaria de la comunidad internacional para con la sociedad, es lograr su transformación y reconstrucción, específicamente, en el ámbito del ejercicio y materialización de los derechos en el marco de la institucionalidad democrática. Para acceder a estos objetivos, es indispensable asimilar una profunda concienciación de lo que ello representa y de sus atributos inmanentes, reflexionando sus posibilidades y restricciones de lo que es la libertad como una característica individual, y también desde su dimensión humana. Ello representa la necesidad de adjudicarse de la experiencia de su libertad y de la igualdad, como características que fortalecen las relaciones interpersonales cuya consecuencia debe orientarse a la protección y garantía de los derechos humanos.

En las sociedades contemporáneas, es de responsabilidad estatal la protección de los derechos humanos, en tanto, es poseedor monopólico del poder coactivo, cuya garantía se basa precisamente, en esa protección. Esta protección no debe ser excluyente, caso contrario, las personas quedarían indefensas ante las contingentes

* Magíster en Derecho, mención Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; magíster en Derechos Humanos, Instituto Superior de Postgrado en Ciencias Internacionales, Universidad Central del Ecuador; diplomado superior en Derechos Humanos y Democracia, mención Justicia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE); doctor en Jurisprudencia y abogado de los Tribunales y Juzgados del Ecuador, Universidad Central del Ecuador, 2001. En la actualidad, asesor de la Corte Constitucional del Ecuador.

violaciones que el Estado pudiese perpetrar.[1] La protección y garantía de los derechos humanos son parámetros que otorgan legitimidad al orden social y político, de ahí que, casi todos los Estados en mayor o menor medida reconocen en su normativa interna un catálogo de derechos individuales y confieren algunas garantías mínimas para el goce y ejercicio de esos derechos, no obstante, en la práctica se evidencia que estas garantías son limitadas, en cuanto a su eficacia.

Los derechos humanos son inalienables y se los vulnera, es decir que los derechos no están asegurados per se, de ahí la importancia de que existan las garantías para su efectivización. La presencia de derechos exige concomitantemente la coexistencia de las garantías, las cuales serán el baremo que determine que la protección de los derechos humanos sea adecuada y eficaz. Vale decir que la enunciación constitucional de los derechos humanos o constitucionales, para ser tales, necesariamente requieren de mecanismos que los efectivicen: las garantías constitucionales. Aquello determina que existan las debidas técnicas de defensa y de justiciabilidad de los derechos constitucionales, entre los cuales consta la libertad personal.

La especial posición que ocupan los derechos en el Estado constitucional, particularmente en lo relativo a la libertad personal, se expresa en el fortalecimiento de sus garantías o de su firmeza jurídica frente a contingentes lesiones originadas en la actuación de los poderes públicos, en especial la del legislador.[2] En el Estado constitucional los derechos, específicamente el de la libertad personal, se identifican por presentar una específica fuerza o resistencia jurídica frente a la acción de los poderes públicos, incluido el legislador, y también por cierto en las relaciones horizontales o entre particulares. Dicha fuerza o resistencia jurídica se traduce en una exigencia de justificación de toda interferencia en la esfera de los derechos con arreglo al juicio de ponderación.[3]

1 Russo, Eduardo. *Derechos humanos y garantías*. Buenos Aires, Eudeba, 1.ª reimp., p. 39.
2 Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 230.
3 *Ibíd.*, p. 241.

La libertad personal —concebida como un derecho fundamental o humano— es el soporte esencial y la razón de ser de toda actividad, por medio de la cual se produce su evolución y afianzamiento personal, conforme así lo exige su dignidad, cuya incidencia redunda en el fortalecimiento de todo sistema democrático y de justicia social. No obstante, el derecho a la libertad personal es afectado sistemáticamente, en general por la acción o inacción estatal, pero también por actuación de personas particulares.

La idea de libertad según Kant tiene un contenido valorativo o normativo que determina la capacidad de acción dentro de la esfera jurídicamente protegible en la que cada cual puede accionar sin dificultades dentro del respeto a la correlativa libertad de los demás.[4]

En el plano de lo físico esta libertad se identifica con la independencia para autodeterminarse en el espacio y en el tiempo, con la autonomía para ir y venir sin coacciones ni impedimentos.[5] Los derechos garantizadores de libertad, es decir, a la voluntad, son exigencias permanentes, porque persisten en la voluntad de protección para la cual existen.[6]

Frente a la vulneración del derecho a la libertad personal, nace la garantía del hábeas corpus como el mecanismo o medio adecuado para otorgar protección y garantía a este derecho fundamental. En la mayoría de las legislaciones, el hábeas corpus ha sido incorporado como una garantía constitucional o legal, destinada a corregir la ilegalidad, arbitrariedad o ilegitimidad que pudieren surgir en las privaciones de la libertad de las personas, a efectos de dotar a estas la debida protección a su vida e integridad física. La sumariedad y efectividad que caracteriza al hábeas corpus, hace que esta garantía tenga importante aceptación y se erija en un medio adecuado y eficaz para superar, evitar o remediar cualquier arbitrariedad o vulneración de la libertad personal.

4 Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Tecnos, 1989, p. 167.

5 Córdova Triviño, Jaime. *Cartas del Defensor*. Bogotá, Defensoría del Pueblo de Colombia, 1995, p. 41.

6 *Ibíd.*, p. 42.

Flores Dapkevicius cita a Aníbal Barbagelata, quien refiere al hábeas corpus:

> […] como el derecho que se acuerda a todos los individuos para reclamar contra las prisiones arbitrarias e infundadas, exigiendo que la Justicia reclame a la autoridad aprehensora para que ésta explique y justifique los motivos de la aprehensión para en conocimiento de ellos, es decir una consecuencia, esto es manteniendo la medida de privación de libertad en el caso que ella corresponda con arreglo a derecho u ordenando la inmediata liberación para el caso que no aparezca justificada la detención.[7]

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[8] respecto del hábeas corpus ha expresado que:

> […] es la garantía tradicional que, en calidad de acción, tutela la libertad física o corporal o de locomoción a través de un procedimiento judicial sumario, que se tramita en forma de juicio. Generalmente, el hábeas corpus extiende su tutela a favor de personas que ya están privadas de libertad en condiciones ilegales o arbitrarias, justamente para hacer cesar las restricciones que han agravado su privación de libertad. La efectividad de la tutela que se busca ejercer con este recurso depende, en gran medida, de que su trámite sea sumario, a efecto de que, por su celeridad, se transforme en una vía idónea y apta para llegar a una decisión efectiva del asunto en el menor tiempo posible.

La garantía constitucional del hábeas corpus por lo tanto, se erige como aquel proceso constitucional que tiene por objeto tutelar la libertad física, corporal o de locomoción. Las dos palabras latinas hábeas y corpus significan "tienes tu cuerpo" o "eres dueño de tu cuerpo", es decir, el objeto de esta garantía radica en traer el cuerpo o una persona ante el juez.

En criterio de Gimeno Sendra,[9] tal concepción se centra en la naturaleza del procedimiento que habilita la revisión de la privación

7 Flores Dapkevicius, Rubén. *Amparo, hábeas corpus y hábeas data*. Montevideo, Editorial B de F, 2004, pp. 39 y 40.

8 Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1998, vol. I.

9 Gimeno Sendra, José. *Constitución y proceso*. Tecnos, p. 197.

de la libertad. Estas normas pueden dar lugar a pretensiones de orden material y procesal. La reivindicación material se refiere a que todo el mundo respete el mismo derecho a la libertad, en tanto que la pretensión procesal tiene como destinatario el Estado, es decir, la pretensión de tutela estatal o judicial y tutela interestatal. Este instituto tiene su basamento en la necesidad de que todo derecho individual, explícito o implícitamente reconocido o garantizado por la Constitución, debe gozar de su garantía propia o común con los demás, para prevenir su amenaza, remediar su restricción inmediatamente, asegurar su ejercicio y remover su violación o impedimento. El hábeas corpus pertenece al conjunto de garantías instrumentales, cuya eficacia por parte del sujeto detenido o retenido "ha de posibilitar un eficaz despliegue del derecho de defensa".[10]

En una sociedad democrática y sometida al imperio del derecho, la vulneración de la libertad se justifica únicamente cuando ella está relacionada con el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. En tal sociedad no resulta legítimo aprehender y recluir a una persona sino cuando hay razones válidas para creer que ha participado en la realización de un hecho punible. Si toda persona es libre, nadie puede ser privado de su libertad, excepto en aquellos casos determinados por la ley y en circunstancias legales. Debe entenderse como arbitrario todo encarcelamiento que sea resultado de aplicar normas sustanciales o procesales cuya finalidad esencial no se ajuste a las pautas de limitación de los derechos humanos fijadas en el artículo 29, numeral 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Sin embargo, cabe recalcar que la libertad personal no tiene el carácter de un derecho absoluto, sino que admite restricciones, sin embargo, estas solo pueden llevarse a cabo en estricta observancia de los requisitos que para tal efecto también se encuentran previstos en las normas internacionales y nacionales.[11]

10 Ledesma, Angela. "El hábeas corpus y el Sistema Interamericano". *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 315 y 316.

11 Comisión Andina de Juristas. *Los procesos de amparo y hábeas corpus*. Lima, 2000, p. 109.

Así, la privación de la libertad personal solo puede efectuarse en los casos, con las formas y por el tiempo previsto en la Constitución o la ley. De no aplicarse aquello, estaremos frente a una medida de carácter ilegal que se encuentra prohibida tanto a escala nacional e internacional. Pero, además, existen restricciones a la libertad personal que, a pesar de tener conformidad con las normas legales, también se encuentran prohibidas. Por esta razón, las normas internacionales de derechos humanos no solo prohíben toda privación de la libertad que se realice sin observarse las condiciones legales previstas para tal efecto, sino también cualquier restricción a este derecho fundamental que resulte arbitrario o ilegítimo.

En conformidad con los mandatos constitucionales y legales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, la autoridad pública a quien le corresponde restringir o privar del derecho a la libertad personal es al juez penal competente. Cabe enfatizar que esta privación de la libertad personal debe estar sometida a los criterios del respeto y garantía del debido proceso y todas las actuaciones que ello implica, razón por la cual, "nadie puede ser privado de la libertad personal, sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)".[12] Significa, entonces, que la autoridad que realiza la privación de la libertad debe presentar la orden de detención y entregarla al detenido, como también se lo informará sobre sus derechos que lo asisten (guardar silencio, contar con un abogado, comunicarse con un familiar, en caso de ser extranjero se comunicará al Consulado del respectivo país, etc.) y demás requisitos materiales orientados a legalizar la privación de la libertad personal.

Queda establecido que ninguna otra autoridad que no sea el juez competente podrá atribuirse facultades para ordenar la privación de la libertad de las personas. La vigente Constitución de la República en el artículo 77, numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6, establece unas garantías básicas que se deben observar cuando a una persona

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gangaram Panday. Sentencia de 21 enero 1994, Serie C n.º 6, párr. 47.

se la haya privado de la libertad personal, entre las cuales tiene preeminencia aquella que faculta al juez a ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, es decir, que esta debe ser aplicada por la jueza o juez en forma restringida y asimilada como *ultima ratio*, lo cual determina su carácter de excepcionalidad. En este contexto, puede concebirse que la Constitución de Montecristi ha ampliado su representación garantizadora en relación con la anterior Constitución Política de 1998, particularmente en lo que respecta a condicionamientos más estrictos para privar de la libertad a una persona, pero concomitantemente con mayor respeto para la dignidad humana.

Vale decir que siendo la jueza o el juez las autoridades competentes para ordenar la privación de la libertad personal, aquellas deberán recurrir a esta medida cautelar personal, con estricta sujeción a los mandatos constitucionales y de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, en particular con respeto a los principios jurídicos del debido proceso. En forma radical, cabe reiterar que ninguna otra autoridad o persona tiene competencia para privar de la libertad a las personas.

Si bien la jueza o el juez tienen la facultad para ordenar la privación de la libertad de las personas, trasciende asimilar que este accionar conlleva la restricción de un derecho constitucional fundamental. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sostenido frecuentemente que si bien la libertad personal es limitable,[13] esta restricción ha de ser equitativa siempre y cuando se respeten determinadas condiciones expresas adecuadas al fin.[14] Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que el Estado tiene la obligación de no restringir la libertad más allá de los límites "estrictamente necesarios", y que en sede penal tiene un carácter cautelar.[15] Para la restricción de los derechos humanos, entre los cuales consta la libertad personal, la CIDH[16] ha considerado las siguientes

13 Caso Buckley. Sentencia del TEDH, 25/9/1969.
14 Caso Handyside. Sentencia del TEDH, 7/12/1976.
15 Caso Suárez-Rosero. Sentencia de la CIDH, 12/11/1997, párr. 77.
16 Opinión Consultiva OC-6/86, 9/5/1986.

condiciones: 1) que se trate de una restricción expresamente autorizada por los instrumentos internacionales y en las condiciones particulares que éstos permitan; 2) que tales restricciones estén dispuestas por leyes y se apliquen de conformidad con ellas; y, 3) que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezca a razones de interés general y no se aparte del propósito para el cual ha sido establecida.

Sobre la base de los condicionamientos antes referidos, significa que la privación de la libertad personal desde ningún aspecto debe ser *arbitraria* tampoco *ilícita*. Si bien el Estado tiene la facultad de privar a una persona de su libertad, esta debe someterse al cumplimiento de dos requisitos esenciales: a) Que el mismo Estado debe indicar, a través de la ley, las circunstancias objetivas en que se aprecia necesario y legítimo privar a la persona de su libertad; y, b) Dicha privación de la libertad no debe ser arbitraria, es decir, no puede ser irracional o contraria a la idea de justicia.[17]

La privación de la libertad para que sea legítima debe sujetarse a exigencias constitucionales, entre las cuales constan: a) Que exista una boleta constitucional de encarcelamiento ordenada y suscrita por el juez competente, la cual debe contener los requisitos exigidos por la Constitución y la ley, entre estos la motivación suficiente; b) Que la privación de la libertad sea realizada por una autoridad competente, es decir, por algún miembro policial; c) Al detenido se lo informará sobre su detención; esto es, que la privación de la libertad vaya seguida de la inmediata información sobre sus motivos; d) Se debe entregar al detenido la información sobre los motivos de su detención, es decir, sobre los hechos que se lo imputan, con claridad y algo más que los motivos, no es suficiente indicar el sostén legal de la detención, sino que debe añadirse también el fáctico;[18] e) Debe otorgarse información sobre los derechos que tiene el detenido, entre ellos: el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no declarase culpable, a

17 Faúndez Ledesma, Héctor. "El derecho a la libertad y seguridad personal". *Lecturas Constitucionales Andinas* 1. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 152.

18 García Morillo, Joaquín. *El derecho a la libertad personal*. Valencia, Universitat de Valencia/ Tirant lo Blanch, 1995, pp. 118-119.

designar Abogado y solicitar su presencia, a ser asistido en su caso por intérprete y a ser reconocido por el médico;[19] en el caso de que el detenido sea extranjero, se deberá informar de su detención al Consulado de donde es nativo; entre otras garantías que respeten su condición de persona.

El acatamiento de estas obligaciones normativas de carácter constitucional y que se encuentran garantizadas en instrumentos internacionales de derechos humanos, la obligatoriedad en su cumplimiento y aplicación, so pena de que el proceso o procedimiento de la privación de la libertad personal se convierta en ilegal, arbitrario e ilegítimo.

El objetivo del hábeas corpus es la protección de la libertad personal. En este escenario, no tiene como finalidad identificar a la autoridad o particular que ordenó o ejecutó el acto lesivo de estos derechos ni determinar su responsabilidad, sea esta de carácter administrativo, civil o penal. No obstante, si durante el desarrollo del proceso se comprueba que ha existido afectaciones de los derechos protegidos por el hábeas corpus, se tiene la obligación de que tal situación sea puesta en conocimiento de las autoridades competentes, a fin de que se adopten las medidas necesarias para investigar y establecer la responsabilidad que corresponda, lo que no perjudica la ejecución de las medidas adoptadas en el proceso.[20]

De manera que la garantía del hábeas corpus es el derecho del cual están asistidas las personas privadas de la libertad, a fin de que las autoridades competentes resuelvan su situación jurídica, sobre la base de los preceptos constantes en la ley y en la Constitución, para mantener la privación de la libertad u ordenar su inmediata libertad, si se han cometido ilegalidades, arbitrariedades o ilegitimidades en la privación de la libertad. De esta forma, la acción del hábeas corpus se instituye en aquella garantía constitucional destinada a proteger la libertad de las personas, frente a una posible privación de esta, traducida en detención, arresto, prisión, secuestro, desaparición forzada, etc.

19 *Ibíd.*, pp. 122 y 123.

20 Huerta Guerrero, Luis. "El proceso constitucional de hábeas corpus en el Perú". *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 579.

El Estado tiene la obligación jurídica y moral de respetar los derechos otorgados a las personas, lo cual incide directamente en la responsabilidad estatal de garantizar que el procedimiento de privación de la libertad de las personas hipotéticamente responsables de la violación de tipo penal, se lo realice tan solo por el tiempo necesario para determinar participación comprobada en los hechos que se los acusa.[21]

La legalidad y legitimidad de la que debe estar provista toda privación de la libertad personal incide directamente en el proceso de profundización del sistema democrático, en tanto se instauren las condiciones que aseguren la plena vigencia del *Estado constitucional de derechos y justicia* y dotar de mecanismos adecuados y eficaces destinados a proteger y garantizar los derechos constitucionales y humanos. Para ello, es recurrente el funcionamiento eficaz, orgánico y coordinado de los recursos interinstitucionales que aseguren el respeto a los derechos humanos y que impulse el proceso de cambio en el sistema de administración de justicia.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al hábeas corpus se lo asocia con el derecho reconocido en el artículo 7, inciso 6, constante en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El hábeas corpus es un proceso que se caracteriza por ser sumario y sencillo, justamente para ejercer la protección rápida y efectiva de la libertad personal. Es necesario que mediante el ejercicio del hábeas corpus se consiga una protección adecuada, dispositivo primordial que ha sido reconocido y desarrollado en el derecho internacional a través de las normas y la jurisprudencia, respecto del significado del acceder a un recurso efectivo. El hábeas corpus es un medio de protección extraordinario al cual se puede recurrir ante la ausencia de otras vías expeditas para garantizar la libertad personal o cuando estas no sean rápidas ni efectivas para cumplir con el acometido de defensa de la libertad personal.[22]

El establecimiento y la consolidación de la acción del hábeas corpus lo ha catapultado como el único medio eficaz para garantizar

21 Galvis Ortiz, Ligia. *Comprensión de los derechos humanos*. Bogotá, Ediciones Aurora, 3.ª ed., 2005, p. 139.

22 Ver Comisión Andina de Juristas, *op. cit.*, p. 110.

la operatividad tanto del derecho a la libertad, como también de los demás derechos fundamentales, reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos por su importancia ha considerado que se trata de una tutela irrevocable, cuya suspensión no puede operar bajo ninguna circunstancia, ya que se trata de un proceso especial, de carácter preferente y sumario, que debe ser resuelto con rapidez ya que por su naturaleza tutelar es sustancialmente acelerado, lo que impone la realización de un trámite *sencillo*.[23] De otra parte, la garantía del hábeas corpus y su inclusión constitucional hace que esta acción tenga una orientación de corrección de los arrestos ilegítimos, amenazas concretas o solapadas contra la libertad, y la seguridad carcelaria, pero también está predispuesta a proteger contra o prevenir las desapariciones forzadas, lo cual determina un nuevo campo de acción de esta garantía.[24] Se considera que el hábeas corpus aparece regulado en tres dimensiones distintas: a) Como derecho de amparo contra la libertad personal; b) Como garantía específica mediante el remedio de hábeas corpus; y c) Como instrumento de la tutela diferenciada que determina el tipo procedimental a regir y su compostura con la reglas del debido proceso.[25] Colocar en el trayecto de las pertenencias del amparo a la garantía que el hábeas corpus significa admitir que la libertad física tiene una consideración axiológica que pondera en primer lugar este derecho.

La responsabilidad estatal de otorgar garantías y condiciones expeditas para el goce y ejercicio de los derechos en general, en particular, los derechos de libertad en el marco del *Estado constitucional de derechos y justicia*, determina que el Estado adopte un sistema garantista de los derechos. En este contexto, el Estado asume obligaciones jurídicas para efectivizar aquellos derechos, capaz de dotar de materialidad la protección de los derechos subjetivos o bienes individuales. Un derecho garantista establece instrumentos

23 *Ibíd.*, p. 347.

24 Gozaíni, Osvaldo. *El derecho de amparo*. Buenos Aires, Ediciones Desalma, 2.ª ed., 1998, p. 265.

25 *Ibíd.*, pp. 267 y 268.

o mecanismos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su contingente agresión por parte de otros individuos y principalmente por parte del poder estatal. "Estos instrumentos jurídicos son las garantías, esto es, límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de los derechos y de minimizar sus amenazas. El garantismo se vincula así al concepto de 'Estado de derecho', en cuanto modelo jurídico encaminado a limitar y evitar la arbitrariedad del poder estatal".[26]

El hábeas corpus es una acción constitucional porque se trata de una garantía constitucional; es una institución jurídica binaria: como mecanismo político y derecho sustantivo, una garantía constitucional; y, como derecho adjetivo, una acción constitucional. Por ello, se dice que las garantías son limitaciones constitucionales inmediatas debido a que subordinan las normas infraconstitucionales a la Constitución; y son mediatas, en cuanto buscan subordinar el poder del Estado para servir a la justicia y proteger directamente los derechos fundamentales de las personas establecidos en la Constitución.[27]

Con la entrada en vigencia de la actual Constitución de la República, aprobada mediante referéndum de 2008, hemos ingresado en una transición constitucional, ya que los derechos y garantías constitucionales se han reorientado respecto del texto constitucional de 1998, reformas estas que aspiran ser plasmadas de manera efectiva y adecuada. En lo relacionado al hábeas corpus, se ha producido un cambio radical respecto de la autoridad que conoce y resuelve esta acción. En la Constitución de 1998, el conocimiento y resolución del hábeas corpus correspondía a los alcaldes; en cambio en la vigente Carta constitucional, a los jueces, además de adecuar y extender la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad, en tanto ya no se limita a proteger la libertad personal solamente, sino la vida y la integridad física de

26 Gascón Abellán, Marina. "Garantismo y derechos humanos". *Diccionario crítico de los derechos humanos*. Andalucía, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana, 1.ª ed., 2000, p. 223.

27 Corporación de Estudios y Publicaciones. *Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional: hábeas corpus, hábeas data y otras competencias*, t. III. Quito, 1999, p. XII.

las personas, pretendiendo erradicar de esta forma los casos de tortura, trato inhumano, cruel o degradante. Esta reforma constitucional evidentemente que influye y se transforma en un parámetro de importancia trascendental en la determinación de la adecuación y eficacia de la garantía del hábeas corpus.

Las actuales tendencias constitucionales de protección y garantía de los derechos humanos, en el marco del denominado *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, determina que la administración de justicia propenda a adoptar nuevos roles, cuyos actores principales son las juezas y jueces, quienes asumen la responsabilidad de abandonar aquellos criterios de aplicadores mecánicos de la ley (subsunción) por el de aplicación razonada, además de las normas de principios y valores para efectivizar los derechos. Es decir que mediante la aplicación del *nuevo constitucionalismo* se aspira conseguir una eficiente administración de justicia, dejando de lado la decimonónica actuación del juez considerado como *boca de la ley*, sometido a la ley u obligado a remitirse a la simple subsunción de la regla por silogismo; por un desempeño judicial más activo e interpretativo mediante la aplicación de los valores y principios.

El Estado constitucional ha de ser estructurado como una herramienta práctica para la garantía de los derechos en general. Aquí las normas jurídicas, en especial las leyes, no solo deben someterse a los requisitos formales que condicionan su *vigencia* o *existencia*, sino que deben regirse coherentemente con los principios y valores constitucionales que son morales y jurídicos a un tiempo y que condicionan su validez.[28] La justicia según el garantismo presenta un ventajoso modelo llamado a consolidar un proyecto emancipador, en el cual desempeñan un rol fundamental el legislador, el juez y el jurista.[29]

Dentro del Estado constitucional, la validez, aplicación e interpretación del hábeas corpus se desatiende de la omnipotencia del legislador, es decir, el principio de mera legalidad o legalidad formal como criterio de reconocimiento de la existencia de las

28 Prieto Sanchís, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México, Fontamara, 1997, pp. 49-50.
29 Marina Gascón Abellán, *op. cit.*, p. 229.

normas, debe ser reorientado por una legalidad sustancial, es decir, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no solo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las Constituciones, para la protección de los derechos y garantías constitucionales,[30] a fin de proteger y garantizar el derecho constitucional a la libertad personal. En el constitucionalismo son los límites o prohibiciones que condicionan la actuación del legislador. El vigente constitucionalismo en el tratamiento de los derechos y garantías impone características de afianzamiento a través de las normas constitucionales y de principios de justicia material, encaminados a informar todo el ordenamiento jurídico. Esto determina un respetable cambio respecto de las concepciones del Estado de derecho.[31] Los principios desempeñan un rol eminentemente constitucional, es decir, *constitutivo* del orden jurídico. Las reglas, aunque consten en la Constitución, se tratan de leyes fortalecidas por su específica forma.

La democracia tiene como apoyos los valores de la libertad y la igualdad. Esta es la razón para que un régimen democrático procure construir un proyecto institucional que equilibre los derechos de libertad e igualdad. La libertad no es un derecho abstracto, ya que se construye basada en las posibilidades reales para su ejercicio y en el conocimiento de las diferentes posibilidades de opción por parte de los ciudadanos. La igualdad reconoce un *piso societal* de condiciones mínimas de subsistencia que permitan la expansión de las potencialidades humanas.[32] Un condicionamiento para la subsistencia de un régimen democrático radica en el principio moderno de la individualidad personal y en el respeto hacia los derechos que reviste esta.[33] En el Estado constitucional sabemos

30 Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 53.

31 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid, Editorial Trotta, 6.ª ed., 2005, p. 93.

32 Bulcourf, Pablo. "Derechos humanos y democracia". *Diccionario crítico de los derechos humanos*. Andalucía, Universidad Internacional de Andalucía Sede Iberoamericana, 2000, p. 163.

33 Held, David. *Modelos de democracia*. Madrid, Alianza, 1992.

que los derechos fundamentales se caracterizan por presentar una especial fuerza o resistencia jurídica frente a la acción de los poderes públicos, incluido el legislador, y también en las relaciones horizontales y entre particulares.[34]

Rodrigo Uprimny considera que en un régimen de derecho, los gobernantes están en principio al servicio de los gobernados y que el "constitucionalismo es ante todo una técnica de libertad". Aduce que el constitucionalismo es un Estado para la libertad, por lo que no puede "afirmarse válidamente que el derecho constitucional signifique apenas una técnica racionalizadora del reparto estático y formal del poder, y no ante todo una filosofía política y normativa al servicio de la libertad". Es así que el objetivo cardinal no se remite a la construcción de un orden social mediante la aplicación de la coerción o la violencia, sino la de proteger y asegurar los derechos humanos por medio de leyes y normas abstractas e imperativas. Una Constitución real y democrática per se, se convierte en una indiscutible *técnica de libertad*, es decir, un mecanismo de defensa de la libertad ciudadana y de tutela de los derechos fundamentales.[35]

Dentro de un sistema de derechos fundamentales vale en la práctica lo que representan sus garantías, antes que la proclamación de las libertades en las Cartas Políticas o en instrumentos internacionales que se constituyen en buenas intenciones, ignorando su ejercicio material, en tanto no se cuenten con las efectivas y adecuadas garantías o mecanismos de protección serios y rigurosos frente a todos, y muy singularmente frente a los poderes públicos.[36] Considerando el rol esencial que cumplen los derechos en la propia definición del Estado constitucional, el modelo de garantías no únicamente concibe la efectividad real de tales derechos, sino la existencia misma de la Constitución entendida como norma suprema que regula y limita el ejercicio

34 Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 241.

35 Uprimny, Rodrigo. *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*. Bogotá, Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, 1992, pp. 3 y 4.

36 Peces-Barba, Gregorio. *Derechos fundamentales*. Madrid, Universidad Complutense, 1973, p. 167.

del poder.[37] El individuo acude al poder estatal tanto para la protección y salvaguardia de su vida y de su esfera de libertad, como para obtener ciertas garantías en cuanto a la disponibilidad de los bienes indispensables para la satisfacción de sus necesidades básicas.[38]

La adecuación y eficacia del hábeas corpus está en el derecho de defensa, es decir, que toda persona que tenga limitado su derecho, tenga libertad para discutir los motivos del enjuiciamiento, o conocer las razones por las cuales se lo detiene, oculta o amenaza; en el caso de estar cumpliendo una pena autorizadamente impuesta, que tenga el derecho a obtener el reencausamiento antes de sufrir un castigo que impida su reinserción social. Así el hábeas corpus es un proceso constitucional, una garantía prevista para tutelar la libertad individual y las derivaciones que nacen de su limitación.[39] Su carácter constitucional e histórico, como garantía de la libertad, reclama un tratamiento preferencial, como garantía constitucional, dotada de adecuación, eficacia e independencia.[40]

El fundamento de la existencia de recursos adecuados, determina que el Estado debe tener la oportunidad de reparar, por sus propios medios, la situación jurídica infringida, de tal forma, que los recursos internos deben ser de tal naturaleza que suministren los medios eficaces y suficientes para alcanzar ese resultado.[41]

En lo que respecta a los criterios de eficacia de la garantía del hábeas corpus, estos son correlativos a los razonamientos de adecuación, en tanto se orientan a que en las condiciones de detención se respeten los principios y valores constitucionales, en especial los de dignidad de la persona, razonabilidad y

37 Prieto Sanchís, Luis. "La protección estatal de los derechos humanos". *Diccionario crítico de los derechos humanos*. Andalucía, Universidad Internacional de Andalucía Sede Iberoamericana, 2000, p. 201.

38 Papacchini, Angelo. "Filosofía y derechos humanos". Material Diplomado Superior en Derechos Humanos PUCE, 2002, pp. 33 y 34.

39 Osvaldo Gozaini, *op. cit.*, p. 208.

40 Almeyra, Miguel. "Repensando el hábeas corpus". *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, pp. 303 y 304.

41 Faundez Ledesma, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3.ª ed., 2004, p. 303.

proporcionalidad. Cabe insistir en que el hábeas corpus procede contra la arbitrariedad de los poderes públicos, como también de los particulares. En el orden constitucional, el hábeas corpus como proceso de protección de los derechos del hombre es una *garantía específica* de la que está provista toda persona para proteger su derecho a la libertad, y, en su caso, a la defensa en juicio mediante un proceso justo, equitativo e igualitario. Se trata de una garantía instrumental, ya que la localización concedida sugiere su compromiso garantista como *derecho subjetivo público* a la libertad, pero esta asume connotaciones distintas, de modo tal que debemos acertar sobre cuáles son estos destinos protegidos.[42]

Una interpretación concordante de la actual Constitución con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, nos permite afirmar que toda persona tiene el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales del Estado para lograr la protección de sus derechos fundamentales, lo cual implica contar con mecanismos sencillos, rápidos y efectivos que permitan alcanzar dicha protección.[43]

La eficacia del hábeas corpus depende en gran medida de su aplicación correcta, con el objeto de hacer frente a situaciones que realmente exijan un pronunciamiento judicial sobre amenazas o violaciones a los derechos fundamentales que protege. Aquello conduce a que los jueces hoy tengan una especial responsabilidad, pues, si bien la Constitución les otorga diferentes alternativas para actuar y pronunciarse sobre el fondo de la controversia también presenta algunas omisiones que no deben impedir el desarrollo de una actividad judicial oportuna para garantizar los derechos invocados en la demanda, en estricta observancia del principio de dirección judicial del proceso. No podemos soslayar que en Ecuador el hábeas corpus ha sido conocido y resuelto en base a meras formalidades y se ha menospreciado las sustentaciones de fondo o sustanciales (que se aspiran sean corregidas conforme a los mandatos constitucionales), por lo que al parecer no ha logrado ser

42 Osvaldo Gozaini, *op. cit.*, pp. 270 y 271.

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 julio 1988, Serie C n.º 4.

efectivo para proteger la libertad individual ante casos de detención arbitraria. El contenido normativo del hábeas corpus establecido en el artículo 89 de la vigente Constitución de la República, determina la exigencia de desarrollo y materialización de esta garantía constitucional, a efectos de blindar la libertad personal de cualquier privación ilegal, arbitraria o ilegítima. En este cometido, necesariamente que las juezas y los jueces van a desempeñar un rol fundamental en la protección y garantía de la libertad personal, en tanto, se convierten en los operadores judiciales responsables de proteger la libertad personal, la vida y la integridad física de las personas dentro del marco del Estado constitucional de derechos y justicia; y, en fin, contribuyan a fortalecer la protección judicial de los derechos fundamentales. Ello significa realizar un ejercicio o actuación de controladores de esta protección judicial no solo para que se conserve, sino además para que sea cada vez superior y con mayor eficacia.[44]

Los fundamentos de la eficacia del hábeas corpus, encuentran su soporte en el plazo razonable de la detención, conforme nos hemos referido anteriormente, pero también en la presunción de inocencia de la persona privada de su libertad.

En cuanto a la eficacia, de acuerdo al artículo 89 de nuestra Constitución, el hábeas corpus es una garantía jurisdiccional que tiene como objetivo fundamental el de recuperar la libertad de la persona que ha sido privada de aquella en forma ilegal, arbitraria o ilegítima por mandato de autoridad pública o de cualquier persona, y también la de proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad. Si bien el hábeas corpus mantiene su esencia para el que fue concebido, es decir, evitar las privaciones de libertad ilegales, arbitrarias e ilegítimas, hoy su misión es la de evitar el trato inhumano y degradante en el detenido con el objeto de obtener información o confesiones o infligir castigo; toda vez que una "persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física

44 Luis Huerta Guerrero, *op. cit.*, pp. 591 y 592.

y a ser tratada con dignidad".[45] Toda persona privada de libertad tiene el derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal.[46] Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado que:

> […] el Estado debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a la angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente […].[47]

El hábeas corpus inclusive puede interponerse contra cualquier persona o particular que mantenga privada de libertad a alguna persona. En especial, cuando en forma ilegal, ilegítima y arbitraria frecuentemente hoy se priva de libertad a personas que no pueden o no han cubierto los pagos por las atenciones médicas recibidas en centros hospitalarios o clínicas de salud, ante lo cual se los mantiene privadas de su libertad en estos centros de salud, con la finalidad de ejercer presión a la persona privada de libertad o a sus familiares para exigir la cancelación de los gastos de atención médica. Igualmente estas acciones son carecen de legalidad y también vulneran el derecho a la libertad personal y se convierte en una conducta criminosa.

Para finalizar el presente ensayo, y sobre la base de los criterios desarrollados anteriormente, es pertinente remitirse a algunas sentencias mediante las cuales se han conocido y resuelto las acciones de hábeas corpus, permitiéndonos a través de aquello, observar si la actuación de las juezas o jueces encuentran sustento en la aplicación de los criterios de materialidad o sustancialidad o si se mantienen sometidos los criterios formales o de subsunción, en sus decisiones.

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hnos. Gómez Paquiyauri, nota 8 *supra*, párr. 108.

46 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides, nota 139 *supra*, párr. 87.

47 Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Kudla vs. Poland n.º 30210, párrs. 93-94, ECHR 2000-XI.

La Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia conoció y resolvió el hábeas Corpus n.º 014-2013 por apelación a la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Penal y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, que negó la solicitud de hábeas corpus presentada por el señor Jairo Leonardo Sabando Intriago, quien adujo que se encontraba ilegalmente detenido, en razón de que la pena de reclusión dictada en sentencia por el Tribunal Primero de lo Penal de Portoviejo fue dirigida en contra del señor Jairo Leonardo Sabando Mora, es decir, una persona con distinto apellido materno, por lo cual, asumió que no se trataba de su persona. La Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia desechó el recurso de apelación por considerar que no se ha demostrado privación ilegal, arbitraria o ilegítima de la libertad del accionante, en razón de que con las versiones rendidas por la persona afectada por el delito y de sus familiares que determinaron que se trataba de la misma persona pero con distinto apellido materno. Aquí cabe reflexionar que si bien la garantía del hábeas corpus no está destinada para inmiscuirse en asuntos estrictamente procesales, pero si tiene cabida, cuando se han violentado derechos constitucionales y de instrumentos internacionales de derechos humanos en el proceso de privación de la libertad personal, en la especie, al parecer si existen vicios de procedimiento para la privación de la libertad, al menos en el ámbito formal pero con incidencia preponderante, al no haber tomado las medidas necesarias y pertinentes para determinar que se trata de la misma persona (p. ej., constatar las huellas dactilares) y de esta manera dictar la correspondiente y específica orden de privación de la libertad.

La Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia conoció y resolvió el hábeas corpus n.º 411-2012 por apelación a la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Penal y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, que negó la solicitud de hábeas corpus interpuesta por las señoras Janeth Petita López Muentes, María Elena Villafuerte López y María Fernanda Villafuerte López, quienes

consideraron que se encontraban injustamente detenidas, porque estaban privadas de la libertad por más de siete meses sin haber delinquido y que se los acusa ilegalmente por el tipo penal de asociación ilícita, no obstante, que el juez Undécimo de Garantías Penales llamó a juicio a las antes referidas personas por un delito en el que no se especifica si es reprimido con prisión o reclusión, además que no existe la debida motivación. La Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia desechó el recurso de apelación por considerar que no se ha demostrado privación ilegal, arbitraria o ilegítima de la libertad del accionante, en razón de que las recurrentes se los ha catalogado como presuntas autoras y cómplices del delito de asociación ilícita tipificado y sancionado en los artículos 369 y 370 del Código Penal, en concordancia con el artículo 21, numeral 3, inciso 1 del Código de Procedimiento Penal, el cual es sancionado con una pena de reclusión menor, inclusive que se encuentra señalada la audiencia de juzgamiento, en virtud de lo cual, sus detenciones no han caducado y es improcedente el pedido de hábeas corpus a su favor. En el caso *sub judice*, se puede evidenciar que el criterio asumido para desechar la apelación del hábeas corpus, responde a un análisis que podría concebirse como ritualista o formal, en tanto, se ha subsumido a las normas establecidas en los códigos sustantivo y adjetivo penal para demostrar que no cabe la petición de caducidad de la prisión preventiva y aceptación de la solicitud de hábeas corpus, sin que haya lugar para el análisis de si en el proceso de privación de la libertad hubo ilegalidad, arbitrariedad o ilegitimidad.

En nuestro criterio, consideramos que en los casos antes enunciados las resoluciones de desechar las apelaciones del hábeas corpus, tienen un alto contenido de recurrencias a las formalidades normativas o de subsunción. El presente caso ha sido resuelto con la aceptación del recurso de apelación interpuesto por la recurrente en aplicación de las garantías constitucionales respecto a mujeres embarazadas o en período de parto o posparto, que se encuentren privadas de la libertad.

La Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia conoció y resolvió el hábeas corpus n.º 024-2013 por apelación a la sentencia dictada por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que negó la solicitud de hábeas corpus interpuesta por las señora Verónica Maricela Alencastro Lagla, quien se opuso a la providencia dictada por el señor Juez Segundo de Garantías Penales de Pichincha, mediante la cual revocó la medida alternativa a la prisión preventiva, disponiendo esta, si considerar el estado de gestación de la recurrente, en particular, por encontrarse en período de lactancia, conforme lo dispuesto en el artículo 171, literal b, inciso segundo del Código de Procedimiento Penal; es decir, que al haberse revocado las medidas, se ha violentado su derecho de que tenía noventa días después del parto para no ser comunicada con ninguna acción judicial, por lo que esta decisión judicial contraviene normas constitucionales y de instrumentos de protección de los derechos humanos, por lo que deviene en ilegal.

La Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia aceptó el recurso de apelación propuesto por la señora Verónica Maricela Alencastro Lagla en aplicación de las garantías constitucionales respecto a mujeres embarazadas o en período de parto o posparto, que se encuentren privadas de su libertad individual, conforme a las disposiciones constitucionales, tratados internacionales de derechos humanos y normas legales pertinentes, por lo tanto, se dispuso la revocatoria de la resolución dictada por la tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha y se dispuso el arresto domiciliario de la accionante, con vigilancia policial, por el tiempo que falta para completar los noventa días, contados a partir del nacimiento del niño. A través de esta resolución se puede evidenciar un importante aporte para materializar y efectivizar el verdadero alcance que tiene la garantía del hábeas corpus en la defensa de la libertad personal, que procura no solo remitirse al cumplimiento formal de las normas, sino de dotar de razonamientos jurídico-constitucionales a los principios y valores, en el caso concreto, para la protección y

garantía de la libertad personal y correlativamente evitar su ilegalidad, arbitrariedad e ilegitimidad.

Un caso que reviste trascendencia, se refiere al resuelto por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dentro del hábeas corpus n.º 279-2012, por apelación a la sentencia dictada por la Jueza Tercero de Garantías Penales de Pichincha, que negó la solicitud de hábeas corpus interpuesto por el señor Pedro Guzmán García cuyo fundamento radica en que el recurrente fue detenido desde el 22 de marzo de 2012, porque le encontraron en posesión de sustancias sujetas a fiscalización en el aeropuerto y fue conducido a la audiencia de flagrancia, tomando en consideración que el detenido tiene una incapacidad de 50 y 70 por ciento, razón por la que se le impuso el arresto domiciliario que jamás se cumplió porque estuvo privado de su libertad en la Jefatura de Antinarcóticos y luego fue trasladado a la Cárcel n.º 4, sin que exista boleta constitucional de encarcelamiento y sin que se haya dictado prisión preventiva. Cabe destacar que el recurrente se encontraba privado de su libertad durante cuatro meses y que se presentó la debida documentación ante la Jueza Tercera de Garantías Penales, donde se hizo constar que no puede cumplir el arresto domiciliario porque no posee domicilio en el territorio ecuatoriano por tratarse de un ciudadano dominicano, razón por la que se considera que la privación de la libertad sin orden de autoridad competente viola principios constitucionales.

La Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha realizó un análisis en el ámbito constitucional, respecto del arresto domiciliario y el vacío legal para el caso del extranjero, esencialmente en lo que se relaciona a la protección que debe brindar el Estado constitucional de derechos y justicia a los grupos vulnerables, en particular, para garantizar los derechos de las personas discapacitadas privadas de la libertad, no obstante, la referida Sala pese a que asume que existe vulneraciones de derechos constitucionales, no resuelve los mismos y, por tanto, desestima la acción de hábeas corpus propuesta por el señor Pedro Guzmán García.

A nuestro parecer, el caso fáctico *sub judice* presenta particularidades trascendentes para materializar los derechos

constitucionales, a través de la dotación de medidas adecuadas y eficaces que efectivicen los derechos, en especial de las personas discapacitadas privadas de la libertad, más aún cuando existe una omisión normativa respecto de que un ciudadano extranjero no pueda cumplir su arresto domiciliario por carecer justamente de domicilio en territorio ecuatoriano. Consideramos que la intervención del juez constitucional es justificada, en tanto, debe resolver estos y otros hechos que pudieren presentarse, conforme a las normas, principios y valores constitucionales, capaces de conferir de sustancialidad y materialidad a los derechos y no sustentarse en aspectos de formalidad o de subsunción normativa. El presente caso ha sido seleccionado por la Corte Constitucional del Ecuador para ser tratado y considerado para producir jurisprudencia vinculante de acción de hábeas corpus, signado con el n.º 0116-12-JH, el cual se encuentra en proceso de tramitación.

## Bibliografía

Almeyra, Miguel. "Repensando el hábeas corpus". *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores.

Bulcourf, Pablo. "Derechos humanos y democracia". *Diccionario crítico de los derechos humanos*. Andalucía, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana, 2000.

Comisión Andina de Juristas. *Los procesos de amparo y hábeas corpus*. Lima, 2000.

Córdova Triviño, Jaime. *Cartas del Defensor*. Defensoría del Pueblo de Colombia, Serie Textos de Divulgación n.º 6, 1995.

Corporación de Estudios y Publicaciones. *Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional: hábeas corpus, hábeas data y otras competencias*, t. III. Quito, 1999.

Faúndez Ledesma, Héctor. "El derecho a la libertad y seguridad personal". *Lecturas Constitucionales Andinas* 1. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991.

_____. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3.ª ed., 2004.

Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid, Editorial Trotta, 2001.

Flores Dapkevicius, Rubén. *Amparo, hábeas corpus y hábeas data*. Montevideo, Editorial B de F, 2004.

Galvis Ortiz, Ligia. *Comprensión de los derechos humanos*. Bogotá, Ediciones Aurora, 3.ª ed., 2005.

García Morillo, Joaquín. *El derecho a la libertad personal*. Valencia, Universitat de Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Gascón Abellán, Marina. "Garantismo y derechos humanos". *Diccionario crítico de los derechos humanos*. Andalucía, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana, 2000.

Gimeno Sendra, José. *Constitución y proceso*. Tecnos, 1988.

Gozaíni, Osvaldo. *El derecho de amparo*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2.ª ed., 1998.

Held, David. *Modelos de democracia*. Madrid, Alianza, 1992.

Huerta Guerrero, Luis. "El proceso constitucional de hábeas corpus en el Perú". *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1998.

Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Tecnos, 1989.

Ledesma, Angela. "El hábeas corpus y el Sistema Interamericano". *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores.

Papacchini, Angelo. "Filosofía y derechos humanos". Material Diplomado Superior en Derechos Humanos. Quito, PUCE, 2002.

Peces–Barba, Gregorio. *Derechos fundamentales*. Madrid, Universidad Complutense, 1973.

Prieto Sanchís, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México, Fontamara, 1997.

_____. "La protección estatal de los derechos humanos". *Diccionario crítico de los derechos humanos*. Andalucía, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana, 2000.

_____. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 2003.

Russo, Eduardo. *Derechos humanos y garantías*. Buenos Aires, Eudeba, 1ª reimp.

Uprimny, Rodrigo. *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*. Bogotá, Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, 1992.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid, Editorial Trotta, 6.ª ed., 2005.

**Otros documentos**

Caso Buckley. Sentencia del TEDH, 25/9/1969.

Caso Handyside. Sentencia del TEDH, 7/12/1976.

Caso Suárez-Rosero. Sentencia de la CIDH, 12/11/1997.

Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Kudla vs. Poland n.º 30210, ECHR 2000-XI.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gangaram Panday, Sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C n.º 6.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hnos. Gómez Paquiyauri.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C n.º 4.

Opinión Consultiva OC-6/86, 9/5/1986.

# Hábeas data: garantía jurisdiccional del derecho a la autodeterminación informativa

Fabián Soto Cordero*

## 1. Introducción

Consecuencia de los avances en materia de derechos y garantías en el marco del constitucionalismo contemporáneo, y puntualmente su desarrollo en Ecuador a raíz de la Constitución de 2008, ha dado cabida a que nuestro ordenamiento adopte un pensamiento general sobre los derechos humanos. Esta concepción funda sus bases en los progresos intensos que en materia de derechos humanos han visto la luz, como son los principios de universalidad, interrelación e interdependencia, su indivisibilidad y ante todo su igual valor y peso, destacando la necesidad de garantizarlos en igual medida e intensidad.[1] Estos principios configuran un avance en el constitucionalismo mundial, toda vez que acoge los criterios adoptados por la Asamblea General de la ONU durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Viena en la década de los noventa, superando de esta manera la clásica división de los derechos en generaciones, situación con la que estamos ya familiarizados.

* Magíster en Derecho (c) y especialista superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogado de los juzgados y tribunales de la República, Universidad Central del Ecuador. En la actualidad, trabaja en el equipo de investigación y capacitación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador.

1 Declaración y programa de acción de Viena de 12 de julio de 1993, artículo 5.

Entre tanto, este análisis tiene por objetivo proveer de las herramientas necesarias y suficientes para que, dentro de esta visión propuesta en la Constitución, se interprete y atienda el hábeas data como una garantía que se despliega en el ordenamiento jurídico como herramienta específica de protección de derechos.

Con este objetivo, se explorará su naturaleza jurídica partiendo de un examen que busca delimitar la genealogía de los derechos que esta garantía ampara, con una precisión doctrinaria y normativa de las dimensiones sobre las cuales se desarrolla esta institución, no solo en su concepción adjetiva, sino también en su dimensión subjetiva para reconocer el alcance y límites del hábeas data en la práctica jurisdiccional. El fin perseguido será prestar al lector académico y profesional, una visión clara del hábeas data como derecho, como garantía y como un régimen procesal.

Asimismo, este análisis atenderá la necesidad de circunscribir el ámbito de aplicación del hábeas data como garantía constitucional jurisdiccional, para que quien se acerque a ella pueda obtener elementos de convicción al momento de solicitar los derechos que del hábeas data se desprenden, así como dotar de elementos de juicio para diferenciar aquellas pretensiones que se encuentran en sectores al margen del ámbito de protección de esta garantía.

## 2. El contenido del derecho a la información

El adelanto que el constituyente plasmó en la Carta fundamental de 2008 gira en torno al modelo de Estado asumido, denominado "constitucional de derechos y justicia". En este sentido, tal declaración representa la centralidad de las garantías y las acciones de control constitucional en la organización del poder, con el fin de materializar los derechos constitucionales, colocando a las personas y colectividades[2] juntamente con la naturaleza, como el conjunto de sujetos prioritarios de toda actividad estatal; declarando en su

2 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.

primer artículo constitucional, que la garantía y promoción de sus derechos figura como su fin y no como un mero instrumento.

El Estado constitucional ecuatoriano ha imaginado la protección de los derechos integrando garantías de manera genérica y específica. En este sentido, uno de los grandes derechos que se desprende no solo del Estado constitucional, sino del principio democrático que condiciona además su legitimidad, es la transparencia y la garantía de acceso a la información hacia sus ciudadanos. Existe un consenso generalizado de que no puede haber vigencia del Estado de derecho sin derecho a la información; y este a su vez no puede realizarse si no se garantiza el acceso a la información.

El acceso a este derecho supone el desprendimiento de otros varios derechos, que se concatenan, se relacionan y complementan. Un claro ejemplo es la relación del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información, que son fundamentos para exigir que el Estado no discrimine en el acceso a esa información. Al respecto, declaraciones internacionales reconocen el derecho de "investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión",[3] escenarios protegidos y garantizados por nuestra Constitución.

Mención especial del componente del derecho a la información merece aquel que se configura como un atributo del control de la ciudadanía hacia el poder público cuando se ejerce de manera extensiva los derechos de libertad. Como veremos en este artículo, amplio es el desarrollo doctrinario y normativo que se ha originado sobre el derecho a la autodeterminación informativa, en virtud de que está anclado al régimen democrático de los sistemas y poderes públicos.[4] Lo dicho implica que el derecho genérico de acceso a la información es una de las condiciones mínimas de la democracia y supone que la información recibida debe ser libre, verás, imparcial, completa, actual y oportuna.[5]

3 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 19.

4 Soto, Salvador. *El derecho a la información, el Estado social y el buen Gobierno*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 29.

5 Upegui, Juan Carlos. *Hábeas data: fundamentos, naturaleza, régimen*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 99.

El derecho a la información es un derecho humano y, por tanto, un derecho subjetivo que ampara a los particulares frente al Estado,[6] que comprende un conjunto de facultades que encierran la libertad de expresión (o informar), la búsqueda y la obtención de información. En este sentido, el derecho a la información se configura por medio de varios derechos, recogidos en los Derechos del Buen Vivir:

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.

Este último derecho tiene la particularidad de comprender la existencia de los derechos a:

a) 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;
b) 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.

Con este acercamiento, podemos encontrar que del derecho a la información se pueden acreditar dos vertientes: una primera, en cuanto al derecho de publicidad de la información, como obligación hacia el Estado; y una segunda, respecto del derecho a conocer datos personales del solicitante[7] en el que se circunscriben derechos de diversa naturaleza, como el derecho de autodeterminación informativa y el de rectificación, que atiende el deseo del afectado por una información errónea a que se corrija dicho error, configurándose una limitación a la libertad de información cuando esta afecte al individuo personalmente y le pueda desmerecer en su fama de una manera ilegítima.[8] Para proteger estos derechos, la

6 Lavalle, Dolores. *Derecho de acceso a la información pública*. Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 6.
7 Salvador Soto, *op. cit*., p. 88.
8 Espín, Eduardo. "Los derechos de la esfera personal". *Derecho constitucional*, vol. I. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 233.

Constitución establece una garantía jurisdiccional específica para cada uno, la acción de acceso a la información pública y el hábeas data. Como es objeto de este análisis, esta última garantía se abordará en detalle a continuación.

## 3. Naturaleza del hábeas data

Desde una concepción doctrinaria, el hábeas data es entendida como la garantía que asiste a toda persona a solicitar judicialmente la exhibición de registros que reposen en bases de datos o archivos públicos o privados, en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, con la finalidad primordial de tomar conocimiento de la exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o información que a su titular le implique discriminación.[9]

Es decir, esta garantía es considerada como un mecanismo de satisfacción urgente, para que las personas puedan obtener el conocimiento de los datos a ellos referidos, y advertirse sobre su finalidad, sea que dicha información conste en el registro o banco de datos tanto público como privado.[10] Además, el derecho de autodeterminación informativa que es amparado por esta garantía, procura ser el medio procesal adecuado para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de dichos datos personales.[11]

Según Salvador Soto, el hábeas data no es únicamente una garantía constitucional, sino que su naturaleza se extiende hasta ser considerado como un derecho subjetivo, un régimen jurídico y un procedimiento.[12] En esta medida, el hábeas data es un derecho subjetivo en tanto que es plenamente exigible

9 Cita en Armagnague, Juan F., dir. *Derecho a la información, hábeas data e internet*. Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2002, p. 329.

10 Eguiguren Praeli, Francisco. "El Código Procesal Constitucional peruano". *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Ed. Dunia Martínez Molina. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 153.

11 Gaiero, Bruno e Ignacio Soba. *La regulación procesal del hábeas data*. Buenos Aires, B de F, 2010, p. 126.

12 Upegui, Juan Carlos. *Hábeas data: fundamentos, naturaleza, régimen*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 480.

ante cualquier funcionario o autoridad pública o privada, sin que sea necesaria la acción judicial, pues este le asiste en calidad de derecho humano, ya que como se analizará más adelante, la Constitución estructura la fase judicial cuando la solicitud no fuere atendida;[13] de igual manera, es un régimen jurídico en tanto encierra una gama normativa que regula su ejercicio en el sistema; es un procedimiento en la medida en que su ejercicio se encuentra regulado y amparado por la jurisdicción; y, finalmente el hábeas data es una garantía constitucional debido a que la Carta suprema del Estado ecuatoriano la ha concebido como el instrumento idóneo para garantizar una serie de derechos constitucionales.

Es preciso señalar que el hábeas data en Ecuador, actualmente refleja madurez jurídica en la medida que sus avances normativos en el plano procesal se han desarrollado para acercar la garantía a la ciudadanía. Esto con el hecho de que la legitimación amplia hace que ya no se necesite del patrocinio de un abogado para la presentación de la solicitud o la demanda, y se ha buscado una verdadera desconcentración judicial al encontrar que en una segunda instancia ya no es el máximo órgano de administración de justicia constitucional el encargado de conocer la impugnación, sino que será la Corte provincial la que conozca y resuelva el proceso en alzada,[14] lo que lleva a que la Corte se limite a la creación de precedentes en la materia.

Lo dicho difiere diametralmente con lo contemplado en la Constitución de 1998, que concebía al hábeas data como un "recurso". No obstante, el Tribunal Constitucional ha aprovechado la ocasión para darle forma a la garantía mediante su jurisprudencia, que va desde su naturaleza,[15] las causales de improcedencia,[16] objeto,[17] efectos jurídicos,[18] etc.

13 Constitución de la República, artículo 92, inciso 3.
14 LOGJCC, artículo 86, numeral 3.
15 Tribunal Constitucional del Ecuador. Resoluciones n.os 016-2002-HD; 024-2002-HD; 046-2002-HD; 054-2002-HD.
16 Tribunal Constitucional del Ecuador. Resolución n.º 152-2001-TP; 030-2002-HD.
17 Tribunal Constitucional del Ecuador. Resolución n.º 069-2001-HD.
18 Tribunal Constitucional del Ecuador. Resolución n.º 013-2002-HD.

## 4. La garantía detrás del derecho

Como hemos visto hasta el momento, de manera estricta el hábeas data persigue la protección del derecho a la vida privada e intimidad[19] de las personas frente a informaciones referidas a su personalidad. Consecuentemente, su espectro de aplicación se ejercita frente a información acerca de su afiliación política, gremial, religiosa, su historia laboral, sus antecedentes crediticios, policiales, datos referentes a su salud y vida sexual e informaciones similares que constan en registros o bancos de datos, protegiendo asimismo, de la difusión no autorizada de dicha información.

Sin embargo, como se analiza más adelante, se debe distinguir entre diversos grados de privacidad de la vida privada, con lo cual se pueden establecer en dos grupos principales todos aquellos datos inherentes a los individuos. Estos son datos personales públicos y datos personales privados. En el primero se condensa toda aquella información que se encuentra al alcance de primera mano en directorios profesionales, guías telefónicas[20] o los propios perfiles en las redes sociales.

Considerando los espacios donde se desenvuelven los derechos que ampara el hábeas data, que si bien ya se encontraba codificado en la Constitución de 1998, dicha garantía se actualiza y se ha visto modelada y repensada por el legislador, en función de la coyuntura temporal con el *boom* de la modernidad en la era digital, disponiendo al titular de la información incluso aquella que se encuentre en soportes electrónicos.[21]

De esta manera, si bien el constituyente ha concebido al hábeas data con el ánimo de resguardar la intangibilidad y la reserva de la vida privada del individuo y su entorno familiar, esta debería ser información que ante una eventual publicación o develación su titular debería consentir previamente o en su defecto, así lo prevea la ley. Estos datos conforman el segundo grupo al que se lo conoce

19 Juan Carlos Upegui, *ibíd.*, pp. 51-54.

20 Cruz Mundet, José y Fernando Mikelarena Peña. *Información y documentación administrativa*. Madrid, Ed. Tecnos, 2006, p. 326.

21 LOGJCC, artículo 49.

como datos personales privados, y que se compone de información íntima pero de distintos grados de intensidad en función de su cercanía a la personalidad de los individuos

En este sentido, se puede diferenciar hasta tres niveles de privacidad en cuanto a la protección de datos se refiere:

a) Datos personales (como datos tributarios, censales, catastrales, etc.) que están protegidos por el derecho pero sujetos al cumplimiento de normas legales. En tal medida, estos pueden ser develados por en cumplimiento de un proceso judicial o administrativo;
b) Datos secretos (como datos sobre raza, salud, vida sexual, etc.) y que no pueden ser revelados a nadie, salvo expresas excepciones legales;
c) Datos profundos (referentes a ideología, creencias religiosas, opiniones políticas) y que deben permanecer en la esfera de privacidad de las personas[22] sin excepción alguna.

En tal virtud, la Carta suprema ha conducido la garantía hacia precautelar la divulgación de la información que esta ampara, de manera que toda información considerada sensible, podrá ser difundida únicamente previa autorización del titular, cuyo archivo deberá estar autorizado por esta o por la ley, y se podrá exigir la adopción de medidas de seguridad necesarias para tal efecto, acciones que constituyen la médula del derecho a la autodeterminación informativa, que según Carlos Salmón, actualmente este es el derecho que en esencia es la intención de salvaguarda del hábeas data.

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.[23]

22 José Cruz Mundet y Fernando Mikelarena Peña, *op. cit.*, p. 326.
23 Salmon Alvear, Carlos. "Régimen procesal del hábeas data en el Ecuador". Internet. *http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2008/24/24-regimen-procesal-del-habeas.pdf*, p. 139.

En resumen, la Constitución ha vinculado al hábeas data y los derechos conexos de acceso de información personal, con diversas manifestaciones garantistas que se desprenden de esta, como el derecho a conocer su existencia y autenticidad, su uso, finalidad, origen y destino, así como el derecho a saber detalles sobre el tiempo de vigencia de los registros en donde se encuentren, y en función de aquello, a su titular le asiste la facultad de exigir su actualización, rectificación, eliminación o anulación, según sea del caso, consiguiendo que el Estado desde un plano neutral asuma las acciones necesarias para que garantice la abstención de persecuciones a personas por participar de alguna idea política, ideológica o religiosa, y evitar además que una persona sea instrumentalizada por otra por acciones u omisiones en situaciones de injusticia social.[24]

Este primer acercamiento al hábeas data, nos permite establecer las dimensiones utilitaristas de esta garantía, bajo las cuales se la puede dividir en cinco criterios básicos en relación al objeto específico que puede perseguir:[25]

a) Hábeas data informativo (derecho de acceso). Es la dimensión procesal que asume el hábeas data para recabar información acerca del qué, quién, cómo y para qué se obtuvo la información considerada personal.
b) Hábeas data aditivo (derecho de modificación). Busca agregar más datos sobre aquellos que figuren en el registro respectivo, buscando actualizarlo o modificarlo según sea el caso.
c) Hábeas data correctivo (derecho de corrección). Resuelve rectificar la información falsa, inexacta o imprecisa de un banco de datos.
d) Hábeas data de reserva (derecho de confidencialidad). Persigue asegurar que la información recabada sea

24 Gargarella, Roberto. "Constitucionalismo y privacidad". *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II. Coord. Roberto Gargarella. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 790 y 791.

25 Espinoza Barrera-Saldaña, Eloy. "El hábeas data en el derecho comparado y el Perú". *Derecho procesal constitucional*, t. II. Coord. Susana Castañeda Otsu. Lima, Jurista editores, 2004, pp. 887-893.

entregada única y exclusivamente a quien tenga autorización para ello.

e) Hábeas data cancelatorio (derecho a la exclusión de información sensible). Busca que la información considerada sensible sea eliminada, por no ser susceptible de compilación.

## 5. Régimen procesal

De manera preliminar, cabe aclarar que el derecho de acceder a la información que del hábeas data se desprende, se hace efectivo solicitándolo directamente a la institución pública o persona natural o jurídica que tenga en su poder información personal del solicitante. Es decir, únicamente en caso de negativa expresa o tácita[26] ante una eventual información incompleta o inexacta cuya pretensión radique en su rectificación, anulación o simplemente su conocimiento, este derecho adopta la forma de acción y podrá ser presentada ante el juez.

En consecuencia, al momento de resolver el juez deberá tomar en cuenta que el derecho a la intimidad y vida privada de las personas pueden encontrarse regulados por normativa secundaria que deberá tener necesariamente rango de ley, y deberá pronunciarse además observando los principios que dan las razones sobre los datos que pueden recolectarse. Dichos principios rectores se resumen en aquellos que permiten su acopio, procesamiento, publicación y archivo, contemplados en la resolución n.º 45/95 de 14 de diciembre de 1990 sobre las garantías mínimas que deben observarse en cada legislación nacional. Abajo se analizan los principios más relevantes:[27]

a) Justificación legal y social. Supone la existencia de un propósito socialmente aceptado que legitime la extracción del dato;

26 De la Torre, Rosa Elena y Juan Montaña Pinto. "El hábeas data en Ecuador". *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2. Eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, p. 188.

27 Asamblea General de la ONU. Resolución 45/95, de 14 diciembre 1990.

b) Exactitud. Debe verificarse la precisión y pertinencia de los datos registrados;
c) Pertinencia y finalidad. Los datos recabados deben ser proporcionales a su finalidad, así como su revelación y eventual difusión;
d) Licitud y limitación de la colecta. Se refiere a que los medios utilizados en la colecta deben estar ceñidos a derecho, y su resultado debe ser estrictamente necesario;
e) Fidelidad de la información. Los datos deben ser completos, exactos y actuales;
f) No discriminación. No deberían registrarse datos que puedan originar una discriminación ilícita o arbitraria;
g) Flujo de datos a través de las fronteras. La información debe poder circular tan libremente como en el interior de cada uno de los territorios respectivos.

Mención especial merece el denominado "principio de acceso de la persona interesada", incorporado en la resolución en mención, que en lo sustancial interpreta de manera extensiva los derechos inherentes a la naturaleza misma del hábeas data, disponiendo que:

> [T]oda persona que demuestre su identidad tiene derecho a saber si se está procesando información que le concierne, a conseguir una comunicación inteligible de ella sin demoras o gastos excesivos, a obtener las rectificaciones o supresiones adecuadas cuando los registros sean ilícitos, injustificados o inexactos y, cuando esta información sea comunicada, a conocer los destinatarios. Debería preverse una vía de recurso, en su caso, ante la autoridad encargada del control de conformidad con el principio 8 *infra*. En caso de rectificación, el costo debería sufragarlo el responsable del fichero. Es conveniente que las disposiciones de este principio se apliquen a todas las personas, cualquiera que sea su nacionalidad o su residencia.[28]

28 *Ibíd.*

Como hemos visto, la acción de hábeas data sirve para proteger a la persona, sea esta natural o jurídica, de que tanto el Estado como los particulares hagan uso de una información incorrecta, inexacta u obsoleta y que, al difundirse, pueda producir discrímenes, calificaciones deshonrosas, etc. en tanto que el juzgador garante de los derechos constitucionales, y en lo particular, los derechos referentes a la intimidad, debe recordar que los datos personales se protegen por principios de igual categoría, como son:[29]

a) Confidencialidad de datos recolectados;
b) Seguridad. Deben adoptarse medidas destinadas a evitar alteraciones, pérdidas, tratamientos o accesos no autorizados;
c) Caducidad. Los datos recolectados no deben permanecer en el archivo por más del tiempo necesario, referente también del derecho al olvido, propio del derecho de libertad informática;
d) Consentimiento del afectado. Supone que la recolección de los datos debe estar debidamente informada a su titular.

Lo anotado busca reducir la invisibilidad de los gestores o titulares de bancos de datos, lo cual se consigue exigiendo por la vía judicial su registro, declaración de sus objetivos y procedimientos,[30] al mismo momento en que se pretende el conocimiento o actualización de los datos personales que se encuentren contenidos en ellos.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos contempla explícitamente en el artículo 12 la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada, familia, domicilio o correspondencia, de las personas, configurándose en tal medida como un derecho humano a no ser objeto de ataques a su honra o

29 Campuzano Tomé, Herminia. *Vida privada y datos personales*. Madrid, Ed. Tecnos, 2000, p. 84.

30 Palazzi, Pablo A. *La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad*. Buenos Aires, Ed. Ad-hoc, 2002, p. 54.

reputación, siendo de manera consecuente obligación del Estado la provisión de garantías ante semejantes acciones.

De acuerdo con lo que hemos podido apreciar, como consecuencia de la dimensión procesal del hábeas data como garantía judicial, funda sus bases en el derecho de acceso a la información personal y a su contenido. En tal medida, se plasma en el sistema jurídico con la finalidad de exigir la rectificación en caso de que la información sea errónea o en el evento de afectar derechos de manera ilegítima.

Debemos recordar que si bien el hábeas data es un proceso de conocimiento, en efecto su característica estructural es sumaria, y en la misma medida, se reviste de cognición sumaria[31] pues el juez debe comprobar la calidad en la que comparece el accionante en relación con la información o demanda que este solicita, y pese a que debe respetar los principios constitucionales de todo proceso jurisdiccional,[32] como principio procesal aplicable a las garantías jurisdiccionales, este será informal, ante lo cual el juez debe condicionar su actuar hacia la plena vigencia de los derechos constitucionales.

Por tanto, la pretensión del interesado podrá radicar bien en la solicitud de la información para conocer con exactitud los datos que ella comprende, o bien su actualización, modificación, eliminación o la orden de contar con las garantías suficientes para que esta no se dé a conocer. Es importante anotar que estas acciones pueden ser verificadas en la etapa de ejecución de la sentencia, tanto por el juez, como por el propio interesado, personalmente o por intermedio de peritos.[33]

Es pertinente que el juez y el solicitante tengan claras luces sobre la labor que deberá realizar el auxiliar de la justicia, que en calidad de perito pueda asistir al juez con su experticia, quedando manifiesto que no es este quien determina qué datos o qué información es personal o no, pues es tarea exclusiva del juez, conclusión a la que deberá llegar luego de examinar los elementos e

31 Bruno Gaiero e Ignacio Soba, *op. cit.*, p. 140.
32 *Ibíd.*, p. 137.
33 Flores Neira, Eduardo. *La justicia constitucional*. Cuenca, Del arco ediciones, 2009, p. 64.

insumos procesales tales como el propio peritaje realizado sobre una base de datos física, magnética o informática particularmente sobre la existencia y exactitud de la información que se solicita.

Con el proceso constitucional jurisdiccional se persigue que el titular del derecho obtenga la tutela del juez para que en sentencia dicte las medidas necesarias y suficientes, destinadas a evitar que dicha información circule y afecte la intimidad del titular, su honra, buena reputación o le pueda ocasionar un daño moral. En definitiva, se defiende derechos concretos propuestos en la Constitución.

De esta forma, por medio del hábeas data la persona tiene la facultad de acudir con una solicitud ante la institución pública o privada, a fin de hacer valer sus derechos constitucionales protegidos por la figura. Sin embargo, esta garantía tiene una dimensión procesal judicial que es activada en el momento en que no se atendiera dicha solicitud de manera favorable. Es así que la persona afectada podrá acudir a la jueza o juez para que ordene la entrega, supresión o rectificación de la información y demandar por los perjuicios ocasionados.

De acuerdo con las normas comunes de procedimiento contempladas para las garantías jurisdiccionales en la ley,[34] resulta claro que la competencia radicará en el juez o jueza de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión, o donde se producen sus efectos y sus decisiones podrán ser apeladas a la Corte Provincial correspondiente a la judicatura de primera instancia. Las sentencias 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.[35]

Las pretensiones que se desprenden de una acción de hábeas data deben responder a factores que configuran la protección de derechos constitucionales, tales como el derecho a la intimidad,[36] derecho a la inviolabilidad y el secreto de correspondencia, derecho al honor y al buen nombre, a la imagen y la voz de la persona,

34 LOGJCC, artículos 6 ss.

35 También Rosa Elena de la Torre y Juan Montaña Pinto, *op. cit.*, p. 187.

36 Juan Carlos Upegui, *op. cit.*, p. 24.

derecho a la privacidad, derecho a la identidad, derecho a la protección de datos de carácter personal, y el derecho a la autodeterminación informativa, los cuales versan sobre un ámbito privado reservado para la propia persona y del que quedan excluidos los demás, a reserva de la voluntad de cada individuo el compartir dicho ámbito.[37]

La única limitación que se mantiene sobre el derecho de acceso a la información por medio de la institución del hábeas data es la correspondiente a los datos personales que por ley deben mantenerse en un banco o archivo, requiriéndose para su difusión la autorización del titular de la información u orden judicial.

Por otra parte, siendo el hábeas data una garantía jurisdiccional que tiene como presupuesto el amparo directo y eficaz de los derechos que protege, tomando en cuenta aquello para lo cual ha sido concebida, resulta evidente que difiere de la acción de acceso a la información pública en la medida en que de la primera no se requiere de un requerimiento previo, en lo particular porque el hábeas data tiene el propósito de prevenir eventuales discriminaciones que por la difusión de información sensible de su titular, le pueda ocasionar.[38]

Se justifica entonces que en virtud de su naturaleza, el hábeas data no se conforme de dos etapas, abriendo la posibilidad a que se inicie un proceso jurisdiccional ante meras apariencias sin la necesidad de un momento prejudicial en la que el interesado acuda con su solicitud de manera directa al tenedor de la información, ejerciendo los derechos que en su dimensión subjetiva le asiste a la persona por un hábeas data, la autodeterminación informativa y la titularidad de su información personal.

37 Eduardo Espín, *op. cit.*, p. 230.

38 García Berni, Aida. "La acción de hábeas data". *Procesos constitucionales en el Ecuador*. Coord. Rafael Oyarte Martínez. Quito, Corporación Editora Nacional, 2005, p. 175.

## 6. Conclusiones

Como hemos podido reconocer en este análisis, el hábeas data se enarbola en base a dos dimensiones: la primera, una dimensión material en relación con la privacidad de los individuos, que se manifiesta y concreta en la intimidad de la vida personal y familiar; y una segunda de dimensiones sustantivas, en que se consideran los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la elección de ideales y la persecución de los planes de vida, sin que estos se vean amenazados por acciones o interferencias externas.[39] Estas interferencias externas se encuentran restringidas, configurando el ámbito de protección concebido en la garantía constitucional jurisdiccional que circunscribe el objeto de este análisis.

Por otro lado, si bien las garantías jurisdiccionales tienen por objetivo la reparación integral de los derechos vulnerados, es preciso ultimar en el detalle que deberá guardar la sentencia de hábeas data en cuanto a la reparación de derechos que deberá establecer. Lo que se desprende en este sentido del examen tanto normativo, como teórico y doctrinario nos lleva a concluir que la garantía se extingue *prima facie* con la entrega de la información solicitada por el accionante, o bien su rectificación, anulación o actualización.

Sin embargo, cuando la acción u omisión lleve consigo una discriminación o menoscabo en los derechos constitucionales o derechos que por tratados internacionales de derechos humanos asisten al individuo, y sean afectados como consecuencia del uso de su información personal o familiar, dará cabida a una reparación extensiva, en la medida en que el juez constitucional que conoce la causa, deberá declarar la vulneración y dictar las medidas necesarias para que las cosas vuelvan a su estado anterior, observando los principios que rigen la reparación integral.

39 Maurino, Gustavo. "Pobreza, Constitución y democracia: aportes desde la autonomía personal". *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II. Coord. Roberto Gargarella. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 884 y 885.

## 7. Bibliografía

Armagnague, Juan. *Derecho a la información, hábeas data e internet*. Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2002.

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.

Campuzano Tomé, Herminia. *Vida privada y datos personales*. Madrid, Ed. Tecnos, 2000.

Cruz Mundet, José y Fernando Mikelarena Peña. *Información y documentación administrativa*. Madrid, Ed. Tecnos, 2006.

De la Torre, Rosa Elena y Juan Montaña Pinto. "El hábeas data en Ecuador". *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2. Eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

Eguiguren Praeli, Francisco. "El Código Procesal Constitucional peruano". *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Ed. Dunia Martínez Molina. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.

Espín, Eduardo. "Los derechos de la esfera personal". *Derecho Constitucional*, vol. I. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

Espinosa Barrera-Saldaña, Eloy. "El hábeas data en el derecho comparado y el Perú". *Derecho Procesal Constitucional*, t. II. Coord. Susana Castañeda Otsu. Lima, Jurista Editores, 2004, pp. 887-893.

Flores Neira, Eduardo. *La justicia constitucional*. Cuenca, Del arco ediciones, 2009.

Gaiero, Bruno e Ignacio Soba. *La regulación procesal del hábeas data*. Buenos Aires, B de F, 2010.

García Berni, Aida. "La acción de hábeas data". *Procesos constitucionales en el Ecuador*. Coord. Rafael Oyarte Martínez. Quito, Corporación Editora Nacional, 2005.

Gargarella, Roberto. "Constitucionalismo y privacidad". *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, t. II. Coord. Roberto Gargarella. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

Lavalle, Dolores. *Derecho de acceso a la información pública*. Buenos Aires, Astrea, 2009.

Maurino, Gustavo. "Pobreza, Constitución y democracia: aportes desde la autonomía personal". *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II. Coord. Roberto Gargarella. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

Palazzi, Pablo A. *La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad*. Buenos Aires, Ed. Ad-hoc, 2002.

Salmon Alvear, Carlos. "Régimen procesal del hábeas data en el Ecuador". Internet. *http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2008/24/24-regimen-procesal-del-habeas.pdf*.

Soto, Salvador. *El derecho a la información, el Estado social y el buen Gobierno*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Upegui, Juan Carlos. *Hábeas data: fundamentos, naturaleza, régimen*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

## 7.1. Normativa

Asamblea General de la ONU. Resolución 45/95, de 14 diciembre 1990.

Constitución de la República del Ecuador.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

# La acción por incumplimiento: garantía idónea de las personas y grupos de atención prioritaria

Pablo Fernando Moya Carrillo*

## 1. Introducción

La Constitución de la República del Ecuador[1] ha previsto la atención y trato prioritario a personas y grupos, que por las condiciones especiales que presentan son consideradas como vulnerables. El ánimo de este tratamiento preferencial tiene como antecedente principal al derecho constitucionalmente garantizado de la "igualdad formal, igualdad material y no discriminación",[2] entendiéndose a la *igualdad formal* —según Leibholz—[3] como el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos, que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del derecho; a la *igualdad material* como el equiparamiento real y efectivo entre los ciudadanos, lo que a criterio de Bobbio[4] es "situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales"; y, a la *no*

* Licenciado y abogado en Ciencias Jurídicas, Pontifica Universidad Católica del Ecuador. Especialista superior en Derecho Empresarial, Universidad Técnica Particular de Loja; especialista superior (c) en Derecho Procesal, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Actualmente, asesor de presidencia de la Corte Constitucional del Ecuador.

1 Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial n.º 449, de 20 octubre 2008, artículo 35.

2 *Ibíd.*, artículo 66, número 4.

3 Leibholz, Gerhard. *Die Gleichheit vor dem Gesetz*. Munich-Berlin, CH. Beck, 1959, 2.ª ed., p. 16, citado en Carmona Cuenca, Encarnación. "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Revista de estudios políticos (Nueva Época)* (Madrid), 84 (abril-junio 1994).

4 Bobbio, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona, Paidós, 1993, p. 75.

*discriminación* según la misma declaración contemplada en la Constitución de la República:[5]

> Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos […]

La Constitución de la República del Ecuador[6] señala como personas y grupos de atención prioritaria a los adultos mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad, quienes adolecen de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos; y señala puntualmente que aquellos recibirán atención prioritaria y especializada. Dentro del modelo del Estado constitucional de derechos y justicia, es deber del Estado tomar medidas de diversa índole que tengan por finalidad equiparar la asimetría existente entre personas o grupos vulnerables y el resto de la ciudadanía; estas medidas en gran manera se expresan mediante normas y actos administrativos de carácter general, los cuales no siempre son cumplidos a cabalidad por parte de las autoridades llamadas a hacerlo. Es en este escenario en el que la acción por incumplimiento toma un papel protagónico en la materialización de estas medidas de atención prioritaria.

Cabe señalar que la acción por incumplimiento es una garantía jurisdiccional abierta a toda persona, sin atender a su condición; sin embargo, en el presente trabajo me centraré específicamente en la utilización de esta garantía jurisdiccional por parte de personas o grupos de personas de atención prioritaria.

5 Constitución de la República del Ecuador, artículo 11, número 2.
6 *Ibíd.*, artículo 35.

## 2. De la acción por incumplimiento

Con la finalidad de relacionar la necesidad de materializar las medidas de atención prioritaria establecidas por el Estado vía normas o actos administrativos de carácter general, con la acción por incumplimiento, considero oportuno el abordar brevemente la naturaleza jurídica de dicha acción, así como los presupuestos de su procedencia.

La acción por incumplimiento es una garantía jurisdiccional[7] que tiene por objeto el asegurar la eficacia de todo el sistema jurídico, y en tanto velar por la aplicación de las normas, actos administrativos de carácter general, así como por el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales respecto de la protección de derechos humanos.

Los presupuestos de procedibilidad de la acción por incumplimiento son:

a) Las normas, actos administrativos de carácter general, sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos, deben contener una obligación de hacer o no hacer con las siguientes características: a) clara (que no exista oscuridad respecto a su contenido); b) expresa (que del texto de la norma, acto administrativo de carácter general, sentencia o informe de organismos internacionales de derechos humanos se desprenda en forma expresa la obligación a ser cumplida, no caben interpretaciones sobre obligaciones tácitas o presuntas); y, c) exigible (que materialmente pueda demandarse su cumplimiento).

b) Las normas, actos administrativos de carácter general, sentencias e informes de organismos internacionales de

7 Para Juan Montaña Pinto, la garantía jurisdiccional no es otra cosa que la posibilidad de ejercer el derecho de acción para lograr la tutela efectiva de los derechos, señala adicionalmente que son un conjunto de instrumentos procesales que dentro del sistema jurídico estatal, cumplen la función de la tutela directa de los derechos constitucionales. Ver "Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales". *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2. Eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011, pp. 32 y 33.

> derechos humanos, no deben ser ejecutables por la vía judicial ordinaria, 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 acción por incumplimiento es una vía procesal de reclamo ante la Corte Constitucional, puesta a disposición de víctimas de la inaplicación de normas, actos administrativos de carácter general, o incumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, quienes por medio de esta acción, pueden obtener el cumplimiento de la obligación contenida en ellas,[8] así como ser objeto incluso de una reparación integral de sus derechos.[9]

## 3. La acción por incumplimiento en la materialización de medidas de atención prioritaria

El Ecuador ha previsto constitucionalmente la necesidad de tomar medidas de atención prioritaria en personas o grupos vulnerables, tal es el caso (entre otros) de las personas con discapacidad, en el cual la Constitución de la República[10] establece:

> El Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad medidas que aseguren:

8 La existencia de garantías jurisdiccionales como la acción por incumplimiento, que permitan el ejercicio de derechos y que eviten que los mismos sean simples declaraciones retóricas, es lo que a criterio de Riccardo Guastini diferencia al Estado constitucional de los anteriores modelos de Estado. Ver Guastini, Riccardo. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico". *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonel. Madrid, Editorial Trotta, 2009.

9 Respecto a la reparación cabe señalar que abandona el concepto tradicional adoptado por el derecho civil, y da paso a una amplia fuente de medidas no necesariamente patrimoniales, que satisfagan integralmente las necesidades de las víctimas. Adicionalmente, cabe señalar que en palabras de Ramiro Ávila la causa no termina con la expedición de la sentencia, sino hasta que se haya cumplido con todos los actos conducentes a la reparación integral. 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 de 2008 en perspectiva*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 106.

10 *Ibíd.*, artículo 48.

1) La inclusión social, mediante planes y programas estatales y privados coordinados, que fomenten su participación política, social, cultural, educativa y económica.
2) La obtención de créditos y rebajas o exoneraciones tributarias que les permita iniciar y mantener actividades productivas, y la obtención de becas de estudio en todos los niveles de educación.
3) El desarrollo de programas y políticas dirigidas a fomentar su esparcimiento y descanso.
4) La participación política, que asegurará su representación, de acuerdo con la ley.
5) El establecimiento de programas especializados para la atención integral de las personas con discapacidad severa y profunda, con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad, el fomento de su autonomía y la disminución de la dependencia.
6) El incentivo y apoyo para proyectos productivos a favor de los familiares de las personas con discapacidad severa.
7) La garantía del pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. La ley sancionará el abandono de estas personas, y los actos que incurran en cualquier forma de abuso, trato inhumano o degradante y discriminación por razón de la discapacidad.

El cumplimiento de la obligación que el Estado asume constitucionalmente de adoptar medidas, en buena manera es ejecutado por medio de la emisión de normas[11] y actos administrativos de carácter general, sin embargo, existe un puente que dista entre su emisión, y su cumplimiento material. Normalmente no deberían

11 Normas que naturalmente invitan a cumplir con su contenido; esta situación fue conceptualizada por Manuel Atienza como el principio de racionalidad teleológica de la producción normativa, según el cual se entiende que las normas que forman parte de un ordenamiento jurídico convocan a la sociedad a su cumplimiento. Ver Atienza, Manuel. "Contribución para una teoría de la legislación". *Elementos de técnica legislativa*. México, Instituto de investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2000, p. 19.

existir inconvenientes significativos en el cumplimiento o materialización de las medidas de atención prioritaria previstas por el Estado mediante normas o actos administrativos de carácter general, pero en la práctica han existido ocasiones en las que criterios errados o negligencia de autoridades de turno han impedido que personas o grupos vulnerables vean cumplidas materialmente sus medidas de atención prioritaria; en estos casos, vía acción por incumplimiento demandada por los perjudicados, la Corte Constitucional del Ecuador ha intervenido para corregir las distorsiones presentadas.

La acción por incumplimiento permite a las personas o grupos vulnerables, exigir el cumplimiento de las medidas de atención prioritaria establecidas en su favor por las características especiales que presentan, salvaguardando no solo la seguridad jurídica y vigencia del ordenamiento jurídico, sino incluso la calidad de vida y la equiparación de las diferencias materialmente existentes entre estas personas o grupos vulnerables y el resto de la ciudadanía.

Con la finalidad de evidenciar la eficacia de la acción por incumplimiento como garantía de las personas o grupos de atención prioritaria, me permitiré comentar dos sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador que evidencian el rol que está llamada a cumplir esta garantía jurisdiccional de los derechos:

> ***Sentencia n.º 002-09-SAN-CC dictada por la Corte Constitucional para el Período de Transición el 2 de abril de 2009***
>
> **Accionantes:** SGM y ALN plantean acción por incumplimiento de la norma contenida en el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades atinente a la importación exonerada de impuestos de vehículos ortopédicos y no ortopédicos destinados al traslado de personas con discapacidad.
>
> **Demandados:** Gerente General y Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, Procurador General del Estado.

**Antecedentes:** El Procurador General del Estado, mediante dictamen n.º 01421 de fecha 23 de junio de 2008, con relación a la consulta sobre la vigencia, aplicabilidad y exigibilidad del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades, efectuada por el Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Discapacidades, señala que tal artículo resulta inadmisible al ser contradictorio a los artículos 27, literal i, de la Ley Orgánica de Aduanas, 50 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, y 6 del Convenio de Complementación en el sector Automotriz.
Por su parte, la Corporación Aduanera Ecuatoriana pese a existir la autorización de importación del Conadis a los accionantes, no ha autorizado el embarque previo de los automóviles ortopédicos de hasta tres años de fabricación, a causa del pronunciamiento del Procurador General del Estado.

**Criterio de los jueces constitucionales: a**) Respecto al dictamen del Procurador General del Estado, los jueces constitucionales señalan que no puede impugnarse la constitucionalidad del mismo vía acción por incumplimiento. Señalan además que el Procurador General del Estado únicamente ha cumplido con las atribuciones a él conferidas. **b**) Respecto a la Corporación Aduanera Ecuatoriana, los jueces señalan que debía limitarse a cumplir con las determinaciones del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades, en razón a que las autorizaciones de importación efectuadas por el Conadis a los accionantes eran anteriores al dictamen del Procurador General del Estado del año 2008, y no era posible dar efecto retroactivo al mismo. Los jueces constitucionales resaltan que no es competencia de la Corporación Aduanera Ecuatoriana pronunciarse sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades.

**Sentencia: a**) Niega la acción por incumplimiento en contra del Procurador General del Estado. **b**) Concede la acción por incumplimiento en contra de la Corporación Aduanera

Ecuatoriana y se dispone al Gerente General y al Subgerente Regional cumplir con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades, así como los dictámenes 27235 y 27338 de 24 y 25 de agosto de 2006 (contradictorios al dictamen de 23 de junio de 2008), en tal razón, una vez recibidas las facturas, proformas o documento asimilable para el caso de automóviles usados, la Corporación Aduanera Ecuatoriana debe limitarse a expedir las respectivas órdenes de embarque a favor de los accionantes. **c**) Declara inconstitucional por el fondo al dictamen 01421 del 23 de junio de 2008. **d**) Mediante inconstitucionalidad reductora se expulsa del ordenamiento jurídico la palabra "constitucionales" del artículo 3, literal e, y artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en tal razón, el Procurador General del Estado debe abstenerse de efectuar interpretaciones constitucionales. **e**) Se efectúa la interpretación constitucional condicionada del artículo 44, literal b, de la ley Orgánica de Aduanas, y "factura comercial" se entenderá como exigencia para vehículos nuevos, y "documento equivalente" como exigencia para vehículos usados que importe la población discapacitada.

**Importancia:** La señalada sentencia de acción por incumplimiento constituye un referente en la reivindicación material de los derechos de las personas o grupos de atención prioritaria, específicamente en la población discapacitada, pues se obtuvo la realización de una medida de atención prioritaria establecida por el Legislativo por medio de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades, medida destinada a satisfacer la necesidad de medios de movilización especiales requeridos por el señalado sector de la población. La acción por incumplimiento actuó en el presente conflicto ajustada a los requerimientos claros y precisos de los accionantes, quienes contaban con una medida de atención prioritaria que lamentablemente por una apreciación errada de autoridades administrativas no conseguía traer el beneficio real a quien estaba dirigida.

***Sentencia n.º 001-13-SAN-CC dictada por la Corte Constitucional del Ecuador el 25 de abril del año 2013***

**Accionante:** NMC plantea acción por incumplimiento de las normas contenidas en los artículos 32 y 33 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social; artículo 35 del Reglamento al Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social; artículos 1, 2 y 14 del Reglamento para Concesión de Rebaja de Penas por Sistema de Méritos, normas atinentes al sistema de reducción de pena por méritos.

**Demandado:** Jefe del Departamento de Diagnóstico y Evaluación del Centro de Rehabilitación Social de Varones de Quito n.º 1.

**Antecedentes:** NMC a los 125 días de pena cumplida solicita al Director del Centro de Rehabilitación Social de Varones de Quito n.º 1 se instrumente su expediente individual estandarizado con la finalidad de registrar sus méritos. Trascurridos 180 días de pena cumplida, el Departamento de Diagnóstico y Evaluación no notifica a NMC con el porcentaje de rebajas a las que se ha hecho acreedor por sus méritos. Transcurridos 360 días de pena cumplida el Departamento de Diagnóstico y Evaluación, pese a la insistencia de NMC, incumple nuevamente y no lo notifica con el porcentaje de rebajas a las que se ha hecho acreedor por sus méritos.

**Criterio de los jueces constitucionales:** Los jueces constitucionales ponen de manifiesto que el accionante ha reclamado en todo momento la apertura de su expediente estandarizado para beneficiarse de la reducción de la pena que le fuera impuesta; además afirman que los artículos 32 y 33 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, le imponen al Director del Centro de Rehabilitación Social la obligación clara, expresa y exigible de hacer el expediente individualizado del interno.

Los jueces constitucionales recuerdan que las personas privadas de libertad requieren medidas de atención prioritaria y que en tal razón lo previsto en los artículos 32 y 33 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social es el desarrollo de un derecho constitucional de protección a las personas que por su condición se encuentran en un grado de vulnerabilidad, en tal razón, tal derecho debe ser ejecutado en forma integral, toda vez que los derechos deben ser ejecutados de inmediato, y no requieren para su efectividad petición previa.

**Sentencia: a**) Declara la vulneración del derecho a la seguridad jurídica del señor NMC cuando pertenecía a un grupo de atención prioritaria. **b**) Se acepta la acción por incumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 33 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, y artículo 14 del Reglamento para la Concesión de Rebajas de Penas. No se acepta el incumplimiento del artículo 32 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social. **c)** Se disponen como medidas de reparación integral: 1. Como garantía de no repetición para las personas privadas de libertad se impuso la obligación de aperturar el expediente al momento del ingreso del interno al Centro de Rehabilitación Social. 2. Disculpas públicas al accionante. 3. Se dispuso la investigación y sanción correspondiente a los servidores involucrados.

**Importancia:** La señalada sentencia de acción por incumplimiento pone en evidencia la idoneidad de dicha garantía jurisdiccional para exigir el cumplimiento de las obligaciones contenidas en normas que constituyen verdaderas medidas de atención prioritaria a grupos vulnerables, en este caso, las personas privadas de su libertad. La negligencia de una autoridad provocó que una persona perteneciente a un grupo vulnerable, no pueda beneficiarse en el tiempo y forma debida de una medida de atención prevista por el Estado. Cabe resaltar que la sentencia de la Corte Constitucional

del Ecuador mediante la acción por incumplimiento no solo solventa el conflicto del accionante, sino que previene en adecuada forma que este tipo de inobservancias a la obligación de aperturar el expediente de los internos se vuelva a repetir, al imponer como obligación la apertura del mismo al momento del ingreso de los privados de libertad al Centro de Rehabilitación Social, lo dicho se constituye en una verdadera garantía de no repetición, que brinda efectos más allá de los normalmente asignados a la acción por incumplimiento (efecto *inter partes*), en salvaguarda de los derechos de la población privada de libertad.

## 4. A manera de conclusiones

- Las medidas de atención prioritarias previstas por el Estado mediante normas y actos administrativos de carácter general, tienen por objetivo equiparar la asimetría existente entre personas o grupos vulnerables y el resto de la ciudadanía.
- Las medidas de atención prioritarias previstas por el Estado no siempre son acogidas y cumplidas a cabalidad por la autoridad administrativa a quien está dirigida la obligación establecida en la norma o acto administrativo de carácter general.
- Las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador dictadas vía acción por incumplimiento, además de satisfacer la pretensión de los accionantes, establecen, como en los casos analizados, soluciones de fondo al fenómeno ocurrido que benefician a toda persona que se encuentre en las mismas condiciones, configurando una garantía de no repetición para el grupo de atención prioritaria.
- La acción por incumplimiento constituye para las personas o grupos vulnerables una garantía idónea para exigir el cumplimiento de las medidas de atención prioritarias previstas por el Estado mediante normas o actos administrativos de carácter general, constituyendo una herramienta para superar la distancia existente entre el establecimiento de tales medidas y la materialización de las mismas.

## 5. 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 de 2008 en perspectiva*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Bobbio, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona, Paidós, 1993.

Guastini, Riccardo. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico". *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonel. Madrid, Editorial Trotta, 2009.

Leibholz, Gerhard. *Die Gleichheit vor dem Gesetz*. Munich-Berlin, CH. Beck, 1959, 2ª. ed. En Carmona Cuenca, Encarnación. "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Revista de estudios políticos (Nueva Época)* (Madrid), 84 (abril-junio 1994).

Montaña Pinto, Juan. "Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales". *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, t. 2. Eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

### 5.1. Fuente normativa

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial n.º 449, de 20 octubre 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento n.º 52, de 22 octubre 2009.

# Acceso a la información pública

Gabriela Melo Flores*

Este artículo trata sobre el análisis del acceso a la información pública como garantía jurisdiccional, y el desarrollo construido a partir de las acciones de esta naturaleza que son ventiladas y resueltas por jueces constitucionales.

El acceso a la información pública y la importancia que tiene el ámbito legal que regula la misma son factores que integran la parte medular en este artículo.

La estructura hoy utilizada, se compone por una breve definición de la información, así como el tratamiento que ha merecido este elemento en el ámbito jurídico internacional de derechos humanos, el rol que desempeña en el derecho a la información, así como, en la estructura constitucional vigente en Ecuador.

Posteriormente, se hace referencia al ámbito legal que regula esta acción en el Ecuador, para finalmente observar el desarrollo jurisdiccional que ha merecido esta figura, a través del análisis en casos específicos.

## 1. De la información

La información abarca varios elementos que hacen de su definición un ejercicio complejo; siendo el más primario la acción de

* Magíster en Gobierno y Cultura de las Organizaciones, Universidad de Navarra-España. Abogada, Universidad San Francisco de Quito. Asesora de la Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador.

informar.[1] Al referirse a esta última, la Real Academia de la Lengua identifica lo siguiente: "1. Enterar, dar noticia de algo. 2. Dicho de una persona o de un organismo: Completar un documento con un informe de su competencia. 3. Dar forma sustancial a algo".

Definiciones que evidencian el movimiento continuo, que caracteriza a la información en la estructura social de la actualidad, interactuando con el ejercicio de la comunicación.

Las formas de comunicación entre los actores que integran una estructura social, inciden en el funcionamiento, modificación y consolidación de la misma. Situación que configura la participación integrada en la organización, es decir, la sociedad.

Es importante mencionar que la comunicación y la información desempeñan diferentes roles en los sistemas y subsistemas que integran la forma que adquiere un grupo humano para organizarse. Por ende, se habla desde la expresión individual que deviene en la forma de interactuar plural de los individuos; así como, de los individuos con las diferentes organizaciones que conforman la estructura social.

### 1.1. Información pública

Las fuentes doctrinarias, otorgan algunas definiciones a este elemento; para este análisis se cita:

> La información como conjunto organizado de datos que constituyen un mensaje sobre determinados hechos o fenómenos, adquiere especial relevancia cuando en razón del carácter público de su contenido, genera en el Estado la obligación de darla a conocer a todas las personas en forma igualitaria.[2]

Esta forma de apreciar la información pública por el contenido, hace que la obligación de facilitar esta información no recaiga únicamente en las organizaciones estatales, sino en personas jurídicas u otras organizaciones del sector privado que

1 Ver *www.rae.es*. Acceso: junio 2013.

2 Lavalle C., Dolores. *Derecho de acceso a la información pública*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2009, p. 7.

administren información de carácter público como resultado de sus actividades, en calidad de concesionarios, o porque abarquen cierta participación del Estado.

De la referencia, se concluye que la obligación de dar a conocer una información a todas las personas sumado a la situación de que se encuentre en el Estado, son condiciones fácticas que atribuyen a la información la característica de ser pública.

Entonces, la información que está en poder del Estado no puede ser negada, porque es de conocimiento público. Lo antes mencionado conforma la *regla de presunción de publicidad de la información estatal*. Instrumento que permite la comunicación entre la estructura estatal y la comunidad en general.

Lo antes expuesto permite observar el ámbito y el rol que cumple la información pública. Sin embargo, y a continuación se afirma, en ciertas ocasiones se puede ver limitada la regla de publicidad:

> Es decir, es pública toda la información que esté en poder de una oficina estatal, que puede coincidir o no con la documentación administrativa, siempre que su acceso no esté vedado por una limitación expresamente establecida en la legislación.[3]

Frente a esta situación se encuentran las excepciones a la regla de publicidad, que se interrumpe o no se aplica frente a situaciones que se especifiquen en instrumentos legales, las más comunes son: el carácter reservado de la información, que no se encuentre en posesión de la institución u organización estatal requerida, que no exista la información o, en su defecto, que la disponibilidad de la información se suspenda en razón del tiempo, entre otras razones que se desarrollan a continuación.

## 2. El derecho a la información

Con el antecedente expuesto, y partiendo del rol que tiene la información en el ejercicio de la comunicación, se entiende que

3 *Ibíd.*, p. 9.

el derecho a la información —en la estructura jurídica universal para los derechos humanos— se conecte en forma directa con la libertad de expresión; realidad que se encuentra prevista en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos;[4] y manifiesta en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.[5]

La interacción entre los individuos y la estructura resulta en varias formas que viabilizan la participación en los diferentes ámbitos, ya sea de las instituciones u organizaciones, así como de los individuos dentro de la sociedad.

Una consecuencia inmediata de la complejidad factual expuesta, es el distinto manejo y uso que se advierte de la información y la comunicación de la misma. Por ende, la protección jurídica elaborada para el efecto responde a esta realidad, al momento de acceder a la información.

De esta manera, se advierte que la información dentro de una estructura social es de orden privado y público; es decir que le concierne al individuo u organización como sujeto de derechos, y público que responde al accionar estructural, del estado y la administración de la información (privada o pública) que tiene bajo su custodia.

Por lo que, el acceso a la información se ve limitado, lo cual prevé el ejercicio del derecho a la información en forma regulada. En este sentido, a continuación se expone la interpretación emitida por la Corte Interamericana en lo que se refiere a las restricciones del acceso a la información:

4 Artículo 19.- Todo Individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. Ver Declaración Universal de los Derechos Humanos. Internet. *http://www.un.org/es/documents/udhr/*. Acceso: junio 2013.

5 Artículo 13.- 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. Ver Convención Americana de Derechos Humanos. Internet. *http://www.comisionporlamemoria.org/investigacionyense%C3%B1anza/pdf_biblioteca/Pacto%20de%20San%20Jos%C3%A9%20de%20Costa%20Rica.pdf*. Acceso: junio 2013.

> En cuanto a los requisitos que debe cumplir una restricción en esta materia, en primer término deben dictarse por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.[6]

Este hecho, se torna imprescindible en la legislación de un Estado, porque las restricciones y el ámbito al cual se aplican, afectan el nivel de comunicación que mantiene el estado con la sociedad y, por ende, también se relaciona con el derecho a la participación del artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.[7]

Derecho que actualmente prevé la participación de los individuos y organizaciones en la gestión del Estado con un rol fiscalizador; frente al cual las organizaciones públicas, en calidad de actores dentro del aparato estatal, tienen la obligación de rendir cuentas; es decir, emitir información de carácter público, en orden a la facultad fiscalizadora de la sociedad.

De lo expuesto, se concluye que los individuos, las organizaciones de distinta naturaleza y el Estado manejan información de diversa índole; por ende, la información es procesada, administrada y protegida en los diferentes ámbitos. La primera forma de protección se dirige a la información de los individuos y organizaciones como sujetos de protección en el uso y la manera en que es administrada su información por parte de un ente estatal o privado; siendo la segunda, referente a la información que viabiliza el control y la participación en la gestión pública de los individuos y distintas organizaciones, en calidad de actores de la sociedad.

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Claude Reyes y otros vs. Estado de Chile. Considerando 89.

7 Artículo 21.- 1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por medio de sus representantes libremente escogidos; 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas del país; y 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente […]. Ver Declaración Universal de los Derechos Humanos. Internet. *http://www.un.org/es/documents/udhr/*. Acceso: junio 2013.

### 2.1. Derecho a la información en Ecuador

Dentro de la estructura vigente de la Constitución del Ecuador, el derecho a la información recoge la estructura universal de derechos humanos anteriormente revisada. Es así como, se encuentra el artículo 18 que dicta:

> 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 de derechos humanos.

Este derecho se relaciona con lo expuesto en el artículo 66 de la Constitución, abarcando la protección del derecho a la información en Ecuador; y se observa el rol de la información para el ejercicio de algunos derechos. A continuación se citan de la siguiente manera:

> Art. 66. Se reconoce y garantizará a las personas:
>
> > […] 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.
> >
> > 7. El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario.
> >
> > […] 19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La

> recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.
>
> […] 25. El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.

Adicionalmente, se encuentran los números 9 y 10, que se relacionan con las decisiones optadas por las personas en forma libre e informada, en referencia a la salud y sexualidad, atribuyendo un rol a la información al momento de tomar estas decisiones.

La Constitución del Ecuador, también prevé la comunicación del Estado para con la población, garantizando la participación de la sociedad en la gestión pública, de la siguiente manera:

> Art. 95.- Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual o colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano.

Cabe recalcar, que la información también se encuentra prevista para otras áreas y derechos de la Constitución del Ecuador, sin embargo para efectos de este artículo, el análisis se concentra en lo ya referido en la parte superior.

Entonces, como se puede apreciar el artículo 18 de la Constitución de la República, abarca la información y la comunicación, en relación al papel e influencia que tiene en el ámbito público, es decir, la información pública. En el numeral 1 no se hace diferenciación del origen de la información precisando el rol público de la misma. Lo que no sucede en el numeral 2 del mismo artículo, que se refiere a la información de las entidades públicas y privadas que realicen actividades del ámbito público, en este caso, el requisito para obtener la información es que provenga de las entidades del

Estado, o bien de organizaciones de carácter privado, que tengan por actividades aquellas que corresponden al Estado.

Por otra parte, está el artículo 66 de la Constitución, que se orienta a las personas, como sujetos de derechos. En este sentido, no hace la diferenciación entre individuos o personas jurídicas, se refiere a este elemento en forma general "las personas"; sin embargo, de su redacción se evidencia que está dirigido al manejo de la información y comunicación en el ámbito privado.

Y en relación con este último razonamiento, el mencionado artículo 66 se protege la información de las personas, así como la gestión, uso y administración por parte de entes privados o públicos, versus el derecho a la información que ejercen los actores del ámbito privado frente a los sujetos privados o públicos que la generan, administran y se ven obligados a entregar siempre y cuando se ajusten a la legislación y concuerden con lo previsto en la Carta magna.

Es así como, encontramos una sinergia y convivencia entre la protección que reciben las personas como sujetos de derechos frente el derecho a la información, aspectos que deben ser observados en conjunto al momento de realizar un estudio o análisis que aborde el tema de la información.

Finalmente, es momento de referirse al rol de la información en el ejercicio del derecho a la participación, conforme lo establecido en el artículo 95[8] de la Constitución, y es que para lograr el funcionamiento del sistema de participación ciudadana en todos los niveles de gestión pública vigente en la estructura constitucional ecuatoriana, es necesario el manejo de la información generada por los entes del Estado con relación a la gestión del Estado. De esta forma, es imprescindible tener acceso a la información.

Conforme a todo lo expuesto, la Constitución de la República recoge la importancia del derecho a la información, cuando desarrolla herramientas que garantizan el ejercicio de este derecho en los diferentes ámbitos. De esta manera, se encuentran las garantías jurisdiccionales de carácter constitucional: el hábeas

8 Casos n.os 009-12-JI; 006-12-JI; 017-12-JI y 0027-12-JI.

data —herramienta dirigida al uso de las personas en ejercicio de su derecho a proteger la información de carácter privado, el uso y gestión que reciba la misma en los diferentes ámbitos— y la acción de acceso a la información pública —herramienta dirigida a la obtención de información pública—, siendo esta última objeto de estudio en este artículo.

### 2.2. Acceso a la información pública: garantía jurisdiccional en Ecuador

Esta garantía constitucional tiene como antecedente la Constitución política del Ecuador, que entró en vigencia el año de 1998, cuyo artículo 81 dice:

> El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer, difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales.
>
> Así mismo garantizará las cláusulas de conciencia y el derecho al secreto profesional de los periodistas y comunicadores sociales o de quienes emiten opiniones formales como colaboradores de los medios de comunicación.
>
> No existirá reserva respecto de informaciones que reposen en los archivos públicos, excepto de los documentos para los que tal reserva sea exigida por razones de defensa nacional y por otras causas expresamente establecidas en la ley.

En respuesta al derecho constitucional citado, se desarrolla la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Lotaip). Este instrumento legal, en lo principal, determina la naturaleza de la información pública, los requisitos para acceder a esta, así como el régimen de excepciones. También se encuentra previsto el proceso administrativo para solicitar la información, así como otros procesos.

Al referirnos a la garantía jurisdiccional de acceso a la información, que se encuentra vigente, es importante mencionar el proceso que antecede a esta herramienta constitucional actualmente vigente, que se denominaba recurso de acceso a la información.[9]

9 Art. 22.- El derecho de acceso a la información, será también garantizado en instancia judicial por el recurso de acceso a la información, estipulado en esta Ley, sin perjuicio de la acción de amparo constitucional:
Se encuentra legitimada para interponer el recurso de acceso a la información, toda persona a quien se hubiere denegado en forma tácita o expresa, información de cualquier índole a la que se refiere esta Ley, ya sea por la negativa de la información, ya sea por la información incompleta, alterada y hasta falsa que le hubieren proporcionado, incluso si la denegatoria se sustenta en el carácter reservado o confidencial de la información solicitada.
El recurso de acceso a la información se podrá interponer ante cualquier juez de lo civil o tribunal de instancia del domicilio del poseedor de la información requerida.
El Recurso de Acceso a la Información, contendrá:
a) Identificación del recurrente;
b) Fundamentos de hecho y de derecho;
c) Señalamiento de la autoridad de la entidad sujeta a esta Ley, que denegó la información; y,
d) La pretensión jurídica.
Los jueces o el tribunal, avocarán conocimiento en el término de cuarenta y ocho horas, sin que exista causa alguna que justifique su inhibición, salvo la inobservancia de las solemnidades exigidas en esta Ley.
El juez o tribunal en el mismo día en que se plantee el Recurso de Acceso a la Información, convocará por una sola vez y mediante comunicación escrita, a las partes para ser oídas en audiencia pública a celebrarse dentro de las veinticuatro horas subsiguientes.
La respectiva resolución deberá dictarse en el término máximo de dos días, contado desde la fecha en que tuvo lugar la audiencia, aun si el poseedor de la información no asistiere a ella.
Admitido a trámite el recurso, los representantes de las entidades o personas naturales accionadas, entregarán al juez dentro del plazo de ocho días, toda la información requerida.
En el caso de información reservada o confidencial, se deberá demostrar documentada y motivadamente, con el listado índice la legal y correcta clasificación en los términos de esta Ley.
Si se justifica plenamente la clasificación de reservada o confidencia 1, el juez o tribunal, confirmará la negativa de acceso a la información.
En caso de que el juez determine que la información no corresponda a la clasificada como reservada o confidencial, en los términos de la presente Ley, dispondrá la entrega de dicha información al recurrente, en el término de veinticuatro horas. De esta resolución podrá apelar para ante el Tribunal Constitucional la autoridad que alegue que la información es reservada o clasificada.
Dentro del recurso de acceso a la información, instaurado por denegación de acceso a la información pública, por denuncia o de oficio, cuando la información se encuentre en riesgo de ocultación, desaparición o destrucción, el juez de oficio o a petición de parte, dictará cualquiera de las siguientes medidas cautelares:
a) Colocación de sellos de seguridad en la información; y,
b) Aprehensión, verificación o reproducción de la información.
Para la aplicación de las medidas cautelares antes señaladas, el juez podrá disponer la intervención de la fuerza pública.

Cualquier juez de lo Civil o Tribunal de instancia tenía la competencia para conocer y resolver este recurso. La legitimación activa se encontraba prevista para la persona a quien se hubiere negado en forma tácita o expresa la información requerida o, en su defecto, si la entrega se la realizó en forma completa o incompleta, y si la negativa tenía como fundamento la reserva o confidencialidad de la información requerida.

Este último aspecto, debía ser demostrado por la entidad a la que la persona solicitó la información, en forma motivada durante el desarrollo del proceso del recurso de acceso a la información. Y el juez que conocía la causa debía determinar si la información requerida era reservada o confidencial, una vez que la entidad le haya entregado la información en forma anticipada, y con un análisis jurisdiccional previo.

Para el proceso del recurso de acceso a la información estaba prevista la práctica de una audiencia, que debía ser ordenada por el juez con posterioridad a la recepción del escrito con el recurso referido; y tenía el término de dos días para emitir su resolución, que se contaban a partir de la ejecución de la audiencia, diligencia que podía ser llevada a cabo a pesar de la ausencia del poseedor de la información, en la misma. Una vez emitida la resolución en primera instancia, podía ser recurrida ante el Tribunal Constitucional.

Posteriormente, entró en vigencia la Constitución de la República de 2008, y con esto la nueva estructura constitucional para Ecuador; en el título III, capítulo tercero se encuentran normadas

De considerarse insuficiente la respuesta, a petición de parte, el juez podrá ordenar la verificación directa de él a los archivos correspondientes, para lo cual, la persona requerida facilitará el acceso del recurrente a las fuentes de información, designándose para dicha diligencia la concurrencia de peritos, si fuere necesario.

De la resolución al acceso de información que adopte el juez de lo civil o el tribunal de instancia, se podrá apelar ante el Tribunal Constitucional, para que confirme o revoque la resolución apelada. El recurso de apelación, se interpondrá dentro de los tres días hábiles siguientes, será concedido con efecto devolutivo, salvo en el caso de recursos de apelación deducidos por acceso a la información reservada o confidencial.

Negado el recurso por el juez o Tribunal Constitucional, cesarán las medidas cautelares.

La Ley de Control Constitucional, será norma supletoria en el trámite de este recurso." Ley de Transparencia y de Acceso a la Información Pública. Suplemento de Registro Oficial n.º 337, publicado el 18 de mayo de 2004.

las garantías jurisdiccionales, y una de ellas responde a la acción de acceso a la información pública.[10]

El proceso previsto para la acción de acceso a la información pública, se encuentra en los artículos 86 y 87 de la Constitución de la República en concordancia con los artículos 7 al 25; 47 y 48 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que en síntesis se conforma de los elementos siguientes:

*a) Legitimidad activa*

De conformidad con el artículo 86, numeral 1 de la Constitución, en concordancia con el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la acción de acceso a la información pública puede ser presentada por cualquier persona en forma individual o colectiva que se viere afectada por no acceder a la información pública.

Una persona puede ser considerada afectada o víctima de vulneración a derechos constitucionales en una acción de acceso a la información pública, porque al no obtener la información requerida y que haya ocurrido cualquiera de los supuestos fácticos para esta garantía, se traduce en una vulneración.[11]

*b) Requisitos*

Establecidos en el artículo 91 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 47 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), abarcan algunas situaciones: el haber negado la información en forma expresa o tácita, que la información obtenida no se encuentre completa o carezca de veracidad, cuando la justificación para no

10 Art. 91.- La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o 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 a la ley. Ver Constitución de la República del Ecuador.

11 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 48.

entregar la información radique en la confidencialidad, reserva o carácter secreto de la misma. En lo que se refiere a esta última situación, el carácter confidencial, de reserva o secreto debe haber sido declarado con anterioridad al requerimiento de información, por la autoridad competente y acorde con la ley.

Adicionalmente, se encuentran los requisitos que debe contener la demanda de una acción de acceso a la información pública, conforme se menciona en el artículo 10 de la LOGJCC.

Siempre bajo el supuesto de que la información requerida sea de carácter público y se encuentre bajo la custodia de cualquier institución estatal u organización de carácter privado que incursione en actividades de carácter público, en calidad de concesionarios o tengan participación del Estado.

*c) Competencia*

Para el conocimiento de esta garantía jurisdiccional es competente cualquier juez, acorde al artículo 86, numeral 2 de la Constitución de la República y artículo 7 de la LOGJCC, siempre y cuando se encuentre en el lugar donde se origina el acto, omisión o donde devienen los efectos del mismo.

*d) Procedimiento*

En el esquema constitucional vigente, la naturaleza del procedimiento previsto para las garantías jurisdiccionales se caracteriza por la flexibilidad con la que debe ser gestionado por el juez competente. Adicionalmente, esta forma procesal exige del juez mayor proacción que en otros ámbitos jurisdiccionales.

De esta manera, encontramos el detalle acerca del proceso jurisdiccional previsto para esta garantía, en los artículo 86, numerales 1, 2 y 3 de la Constitución de la República, que se concuerdan con el artículo 8 de la LOGJCC.

La audiencia pública forma parte de este proceso, conforme los artículos 86 de la Constitución de la República y 14 de la LOGJCC. Esta diligencia se lleva a cabo el día, lugar y hora que

determine el juez que conozca la acción, la ausencia de una de las partes —accionante, afectada o accionado— no interferirá de manera alguna el desarrollo de la misma. Sin embargo la ausencia del accionante o afectada puede considerarse como desistimiento.

Una vez, que se desarrolla la etapa de prueba, se procede con la emisión de la sentencia (elementos que se desarrollan más adelante), las partes tienen la oportunidad procesal de apelar esta decisión ante la Corte Provincial, conforme se especifica en el artículo 24 de la LOGJCC.

*e) Carga de la prueba*

Como cualquier otra garantía jurisdiccional, el accionante debe demostrar los hechos, con la excepción de los casos en los que se invierte la carga de la prueba. Las pruebas son practicadas durante el desarrollo de la audiencia.

El juez puede ordenar la práctica de pruebas adicionales y diligencias en orden de crearse un mejor criterio. Es importante mencionar que conforme el artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

> Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria.

En el caso de acción de acceso a la información pública, es importante recalcar la demostración del accionante en torno a la negativa de haber obtenido por parte del ente público al cual requirió la información. En lo que se refiere al ente accionado, debe demostrar los elementos que justifiquen su actuación frente al accionante, en forma especial para los casos en que utilice y fundamente su proceder en la reserva, confidencialidad o secreto de la información requerida; argumento que es viable siempre y cuando la declaración del estatus de esta información se haya realizado de manera previa.

*f) Sentencia*

El artículo 17 menciona los componentes mínimos que deben integrar una sentencia en materia de garantías jurisdiccionales. Además se encuentran las facultades que tiene el juez en el ámbito constitucional al momento de especificar la decisión jurisdiccional en la sentencia, conforme lo determina la LOGJCC.

Por tanto, de todo lo expuesto, se puede evidenciar que el acceso a la información pública tiene por origen la Constitución política del Ecuador de 1998, para luego ser desarrollada a manera de recurso en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, para luego ser retomada como una garantía jurisdiccional en la Constitución de la República de 2008, y desarrollada como tal en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Esta última en la disposición derogatoria primera manda "Deróganse todas las disposiciones contrarias a esta ley"; así como también se encuentra la disposición derogatoria segunda, por la que se deroga la Ley de Control Constitucional.

Con esto último, se infiere que al encontrarse contrapuesta la naturaleza del recurso de acceso a la información pública con la garantía de acceso a ella, impera esta última sobre el recurso regulado por la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información pública.

Es importante considerar las diferencias procesales que existen entre el recurso de acceso a la información pública y la garantía jurisdiccional de acceso a la información pública: 1) la legitimidad activa se ve modificada en la actualidad ya que cualquier persona puede presentarla, sea natural o jurídica y en forma individual o colectiva; 2) la competencia del juez ya no se encuentra restringida a la jurisdicción civil, sino que le corresponde a cualquier juez; 3) la sentencia dictada puede ser apelada ante la Corte Provincial, mas no ante el Tribunal Constitucional, actual Corte Constitucional del Ecuador; 4) el carácter de reserva, confidencialidad, secreto de la información requerida tiene que haber sido declarada en forma previa al requerimiento realizado por el interesado, por

la autoridad competente y conforme a derecho; 5) la norma que se utilizaba en forma supletoria para el tratamiento del recurso de acceso a la información pública —Ley de Control Constitucional— se encuentra derogada, por lo que la norma a utilizarse al momento de ventilar una garantía de acceso a la información pública es la Constitución vigente y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Finalmente, se encuentra que bajo la observancia de la disposición derogatoria primera de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, las disposiciones que contradicen la misma, en el caso de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública son las que se refieren al procedimiento y el recurso de acceso a la información pública, más el contenido de las otras disposiciones de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública que conforman la naturaleza de la información pública, el régimen de excepciones de la misma, entre otros elementos, devienen en el parámetro referencial para determinar el acceso a la información de cualquier usuario. Disposiciones que son aplicadas por los jueces constitucionales al momento de resolver acciones de acceso a la información pública conforme se expone en el siguiente punto de este artículo.

## 3. Análisis de sentencias dictadas en acciones de acceso a la información pública

Para efectos de esta sección, se procede a dividir por temas esenciales que han sido objeto de las actuaciones jurisdiccionales de los jueces constitucionales que conocen estas acciones.

### 3.1. Legitimidad activa

Conforme se dice en la parte superior, ahora este aspecto se rige conforme el nuevo paradigma constitucional, es decir el artículo 86, numeral 1 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que responde a las personas naturales o

jurídicas, en forma individual o colectiva. Sin embargo, en el Caso 0016-12-JI, se puede evidenciar la confusión en el uso de la normativa que regula el proceso del recurso de acceso a la información de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, al justificar la legitimación activa del compareciente en el artículo 22 de la ley referida.

### *Información confidencial*

De conformidad con el artículo 6 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la información confidencial se define:

> Se considera información confidencial aquella información pública personal que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella deriva de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de de la Constitución Política del Ecuador.
> El uso ilegal de la información personal o su divulgación dará lugar a las acciones legales pertinentes.
> No podrá invocarse reserva, cuando se trate de investigaciones que realicen las autoridades públicas sobre violaciones o derechos de las personas que se encuentren establecidos en la Constitución Política de la República en las declaraciones, pactos, convenios, instrumentos internacionales y el ordenamiento jurídico interno. Se excepciona el procedimiento establecido en las indagaciones previas.

En algunas sentencias dictadas en las diversas jurisdicciones, se evidencia el desarrollo y aplicación hermenéutica-jurídica como se observa a continuación:

### *Caso n.º 0022-12-JI*

El accionante XXX requiere de la universidad XXX la información completa acerca de los exámenes, sus calificaciones y notas obtenidas por todos y cada uno de los graduados en la carrera de derecho, relativas al TOEFL interno, así como el examen que aduce haber rendido al igual que los otros alumnos de la carrera.

Sostiene que la universidad accionada es una institución de educación superior creada mediante "Ley de la República" y hasta el momento no le ha entregado ni la información de su examen, como tampoco la que corresponde a los otros alumnos que rindieron el mismo examen.

La universidad accionada manifiesta que la calificación del examen rendido por el accionante no puede ser proporcionada porque el interesado no rindió el mismo, por lo que esa información es inexistente, adicionalmente no puede efectuar la entrega de las calificaciones y demás información de otros alumnos, porque goza de un estatus de protección "por expresa disposición constitucional".

En primera instancia, el análisis jurídico se enfoca en la naturaleza jurídica de la universidad accionada, una de sus conclusiones en el considerando segundo es que "ni la universidad XXX, ni sus funcionarios están sujetos al régimen del servicio público conforme la Ley Orgánica de Educación Superior".

Razonamiento que se combina con el hecho de que "En este contexto se establece el derecho a acceder a la información pública y la obligación de las instituciones a ponerla a disposición de la ciudadanía; pero el principio de ello es que los datos hayan sido generados por las personas en el ámbito público o por la sociedad en actividades financiadas por el estado", aspecto que no se ha configurado en este caso, por la naturaleza de la universidad accionada.

En referencia a la información acerca de las calificaciones y exámenes de otros alumnos, argumenta que esta información es de carácter confidencial, declarada así en las normas generales para pregrado y posgrado, haciendo referencia al artículo 5 "titulado Récord Académico que dice: 1. Confidencialidad del récord académico de los estudiantes. La información del récord de actividades económicas de un estudiante será de entrega exclusivamente al mismo estudiante", lo cual el juez considera que se encuentra acorde a los artículos 18, numeral 2; y 66, numeral 19 de la Constitución de la República.

Finalmente, acerca de la calificación del TOEFL del accionante, se observa que la autoridad jurisdiccional evaluó la prueba aportada

por las partes y concluye que nunca se ha llevado a cabo dicho examen, por lo que esa información no existe, por ende no puede ser entregada; y desecha la acción planteada.

Posteriormente, el caso es conocido por el órgano jurisdiccional provincial, que concentra su razonamiento en la inexistencia de la información requerida del supuesto examen rendido por el accionante del TOEFL, concluye que este no existe en virtud de la prueba analizada y aportada por ambas partes. En la parte final de su sentencia, hace una breve referencia a la información personal de terceros, y acorde con el artículo 66, numeral 19 de la Constitución, considera que el récord de calificaciones es información personal por ende no puede ser requerida por terceros.

En referencia a la información, se han utilizado las leyes y normas que giran alrededor de la misma como la Ley de Educación Superior y las normas internas generadas por la universidad accionada, lo cual permite configurar que en referencia a los récords de calificaciones, existe la declaración previa de confidencialidad, en el sentido que solo la persona dueña del récord de calificaciones puede solicitar a la universidad que posee la misma, porque es de carácter personal.

### *Caso n.º 0020-12-JI*

El accionante XXX requiere a la Directora XXX de la Contraloría General del Estado la información a un aviso de glosa resultante del examen especial efectuado por la Contraloría a la institución XXX.

La Corte Provincial en la parte medular construye el siguiente razonamiento:

> La ley de Transparencia y Acceso a la información Pública distingue entre la información pública, la información pública confidencial y la información pública reservada. La información confidencial es aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de los derechos personalísimos y fundamentales, especialmente

> aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República (1998), que se refieren a los derechos fundamentales y al debido proceso. Expresamente la norma del artículo 6 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública excluye de la reserva a la información confidencial cuando se trate de investigaciones que realicen las autoridades públicas competentes, sobre violaciones a derechos de las personas que se encuentran establecidos en la Constitución de la República, en las declaraciones, pactos, convenios, instrumentos internacionales y el ordenamiento jurídico internacional. Se excepciona el procedimiento establecido en las indagaciones previas. Por consiguiente, la información confidencial en un proceso de investigación para establecer responsabilidades civiles y administrativas no está excluida de la reserva y la Contraloría General del Estado obró conforme a derecho invocando el principio de confidencialidad en esta investigación y se sujetó a la ley cuando se negó a difundir información pública confidencial a un tercero que no tiene interés jurídico en la investigación.

De esta cita se infiere la relación de la confidencialidad en procesos de investigación para establecer responsabilidades administrativas o civiles realizadas por la Contraloría del Estado, que reciben el mismo estatus que una indagación. Elemento que se orienta a proteger el debido proceso, visto como derecho fundamental en la estructura constitucional de 1998, que se protege por la Constitución hoy vigente.

### *Información de entidades privadas*

La Constitución de la República así como la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública no expresan en forma única los aspectos que conforman la información de carácter privado; sin embargo, se encuentra definida la información pública en los siguientes términos:

> Artículo 5.- Se considera información pública, todo documento en cualquier formato, que se encuentre en poder de las instituciones públicas y de las personas jurídicas a las que se refiere esta ley,

contenidos creados u obtenidos por ellos que se encuentren bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del estado.[12]

Acorde con la regulación creada y los insumos jurídicos existentes en torno a este particular, se hace imprescindible conectar la naturaleza de la organización con la información requerida. Entonces, al hablar del carácter privado de la información, se hace alusión a la naturaleza del ente que la administra, gestiona y custodia.

En este sentido, el argumento en mención se desarrolla en la manera siguiente:

***Caso n.º 0019-12-JI***

El señor XXX requiere del Gerente y representante legal de la Compañía de Televisión XXX la información siguiente:

1. Informe si su representada tiene entre sus colaboradores a profesionales extranjeros que realicen actividades de cualquier tipo.
2. Exponga en el informe nombres, actividad y remuneración pactada.
3. Enliste los contratos, acuerdos o convenios que haya suscrito su representada con periodistas, comunicadores y asesores extranjeros, detallando las actividades a desarrollarse, remuneración, plazo y condiciones del contrato.
4. Informar si su representada realizó una auscultación de los profesionales ecuatorianos, que justifique la contratación de extranjeros y no de nacionales para entrevistas y asesorías extranjeras.

La Unidad Judicial que atendió esta acción de acceso a la información, en el considerando noveno de la sentencia dictada en el caso manifiesta:

12 Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

> De la revisión aportada en autos, se colige que la pretensión del accionante es que remita la información que no es de carácter pública, pues se trata de una empresa cuyo accionista son un Fideicomiso Mercantil que no está por su naturaleza sujeta a la aplicación de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública y que está en proceso de venta de sus acciones, es decir únicamente está intervenida por el Estado y consecuentemente la información que está solicitando no es de carácter pública.

El argumento que respalda esta conclusión se expone en el considerando décimo de la sentencia en mención, conforme se cita:

> La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en su Art. 77 dice: "Los Ministros de Estado y las máximas autoridades de las instituciones del Estado, son responsables de los actos, contratos o resoluciones emanadas de su autoridad…", el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas señala en su Novena Transitoria.- "Empresas Privadas.- Hasta que las empresas anónimas de propiedad mayoritaria del Estado se transformen en Empresas Públicas, estas podrán recibir asignaciones del Presupuesto General del Estado". Y la Transitoria Décima dice: "pasarán a partir de la publicación de la presente Ley a la Unidad de gestión y ejecución de derecho público Fideicomiso AGD-CFN NO MÁS IMPUNIDAD. Para dicho efecto emitirá el correspondiente acto administrativo…" De igual manera manifiestan las Transitorias Décima Primera y la Transitoria Décima Segunda.

Esta situación es integrada y armonizada al artículo 225 de la Constitución de la República, abarca la mención de las instituciones que integran el sector público en concordancia con las normas que regulan la garantía de acceso a la información pública, para luego inferir que la entidad requerida es de carácter privado, a pesar de estar gestionada por un fideicomiso.

Adicionalmente, se considera que por su carácter privado la compañía accionada no se encuentra sujeta a la normativa de contratación pública ni servicio público. Entonces se observa que la "demanda no tiene relación con el contenido constitucionalmente

protegido del derecho a la información pública […] pues se ha demostrado por parte del accionado que se trata de una Sociedad Anónima llamada Compañía de televisión […] Y que su patrimonio es autónomo por ser parte de un Fideicomiso Mercantil, lo cual se demuestra con los documentos que se anexan al proceso y que ya han sido aquí referidos".[13]

Finalmente, el órgano jurisdiccional agrega un breve análisis de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y concluye que la compañía hoy accionada tampoco responde a esta figura jurídica, por ende al tratarse de información de una persona jurídica privada que no tiene participación del Estado, y tampoco es concesionaria del mismo, concluye que la información requerida no es pública y niega la acción de acceso a la información propuesta.

### *Caso n.º 0021-12-JI*

El accionante solicita se atienda su requerimiento de información realizado al Colegio de Abogados de la provincia del Azuay, que en lo principal trata lo siguiente:

Tenga la gentileza y amabilidad de indicarme o darme a conocer motivadamente cuál es la institución pública que sanciona a los abogados, que no actúan de manera ética y legal para sus clientes, por cuanto el compareciente recibió una pésima asesoría jurídica.

Posteriormente, el razonamiento jurídico se concentra en el considerando cuarto y quinto de la sentencia dictada por el Juzgado Tercero de Trabajo el 2 de julio de 2012 dentro de la acción de acceso a la información pública n.º 286-2012. Es así como, el considerando cuarto admite a trámite la acción en función del artículo 22 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Y, en el considerando quinto, el juez afirma que en el presente caso no se determina el daño que causó la falta de atención del requerimiento de información realizado por el accionante, en virtud de los requisitos determinados en el artículo

13 Caso 0019-12-JI. Sentencia dictada el 4 de julio de 2012. Unidad Judicial Primera de Contravenciones de Pichincha.

10, numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; además precisa que el requerimiento de información del accionante tiene respuesta en otra ley.

Finalmente, precisa que el Colegio de Abogados del Azuay es una entidad de carácter privado, que no tuvo por origen un acto administrativo emitido por institución pública alguna, tampoco utiliza fondos del sector público, "así como tampoco se rige a una ley que se aplique a los servidores públicos, por lo que no cumple con los condicionamientos exigidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su art. 47, inciso segundo"; por ende, declara sin lugar la acción planteada.

Luego se encuentra la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia del Azuay y en el considerando tercero, especifica la naturaleza jurídica del Colegio de Abogados del Azuay, en virtud de la Ley de la Federación Nacional de Abogados en sus artículos 1 y 16, para insistir en el carácter privado de este gremio. También insiste en que la información requerida por el accionante se encuentra en otra ley; y rechaza el recurso de planteado interpuesto.

Como se puede apreciar, todavía se utiliza la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública al momento de procesar la acción de acceso a la información pública, existiendo la confusión entre la naturaleza que antes tenía esta acción y que respondía a ser un recurso. Sin embargo, también se encuentra presente en el análisis la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

También se evidencia, en ambos casos —objeto de análisis de esta sección— que el ejercicio hermenéutico jurídico gira en torno a la naturaleza jurídica de la entidad accionada, que responde a un ejercicio de comprobar y demostrar el carácter privado que tiene la entidad bajo las condiciones que establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para negar las acciones de acceso a la información planteadas.

## *Información reservada*

De conformidad con la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la información reservada, que en concordancia con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 47, inciso tercero, es inviable acceder por su naturaleza. En esta misma línea, la definición de este tipo de información se desarrolla en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública de la siguiente manera:

> 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 Consejo de Seguridad Nacional, por razones de defensa nacional, de conformidad con el artículo 81, 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 contra inteligencia militar, siempre que existiera conmoción nacional;
>  3) La información sobre la ubicación del material bélico cuando ésta no entrañe peligro para la población; y,
>  4) Los fondos de uso reservado exclusivamente destinados para fines de la defensa nacional; y,
>
> b) Las informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes.

El contenido normativo antes expuesto se desarrolla en varios ámbitos, para este estudio, se hace referencia al caso siguiente:

### *Caso n.º 0026-12-JI*

El accionante requiere del Servicio de Rentas Internas los informes técnicos y jurídicos que fueron dictados por las Direcciones Nacionales de Gestión Tributaria y Nacional Jurídica del Servicio de Rentas Internas, que motivaron las resoluciones de carácter tributario emitidas por la entidad accionada, detalladas por el accionante. Esta información ha sido previamente negada por el Servicio de Rentas Internas, bajo el supuesto de que tiene el carácter de reservada.

Sin embargo, el accionante sostiene que este argumento no se encuentra motivado; considera que el carácter de reserva que afirma la entidad accionada, de la que goza la información requerida, no ha sido demostrado.

Con este antecedente, en la sentencia dictada por el Juzgado de Garantías Penales de Pichincha, que conoció el caso, en el considerando sexto y séptimo realiza el análisis jurídico pertinente. En lo principal, parte de los artículos 18, numeral 2; 91; de la Constitución de la República para luego enunciar el principio de publicidad del artículo 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Para luego, en el considerando séptimo desarrollar el caso en concreto.

De esta forma, cita el artículo 17 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y enuncia:

> El inciso final del Art. 101 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, establece: Las declaraciones e informaciones de los contribuyentes responsables o terceros, relacionadas con las obligaciones tributarias, así como los planes y programas de control que efectúe la Administración tributaria son de carácter reservado y serán utilizados para los fines propios de la administración tributario.

Posteriormente, esta afirmación es conectada con lo expuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para concluir que el presente caso se trata de información reservada "declarada en los términos establecidos

en la ley", que se hace referencia en el párrafo anterior; y que se encontraba vigente con anterioridad al requerimiento de información realizado por el accionante al Servicio de Rentas Internas.

Con este ejercicio jurisdiccional, el juez no evidencia el daño causado al accionante con la negativa de otorgar información de carácter reservado para el Servicio de Rentas Internas, por lo que niega la acción planteada.

## 4. Conclusiones

1) Las normas que se aplican para el desarrollo del proceso de una acción de acceso a la información pública son: Constitución de la República y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

2) Después del análisis y estudio realizado, se infiere que al tratar y elaborar el ejercicio hermenéutico jurisdiccional, en referencia al fondo y la información que se requiere a través de la acción de acceso a la información pública, los órganos jurisdiccionales utilizan la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en forma diversa y concordando con las definiciones y estructura de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que se encuentra vigente.

3) Este aspecto es muy útil, mientras no se contradigan conceptos constitucionales y de carácter jurisdiccional constitucional con la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

4) En materia de acciones de acceso a la información es imperante observar el carácter jurídico y la naturaleza de la entidad a la que se requiere la información y las características de la información.

5) Para los casos en que se niegue el acceso a la información, por ser de carácter confidencial, reservado o porque se trata

de una entidad privada, debe encontrarse de manera expresa que estos aspectos fueron demostrados y valorados por el juez durante el desarrollo del proceso de la acción de acceso a la información pública, acorde con la normativa aplicable y relacionada al caso, pero bajo los supuestos de la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

6) Finalmente, se encuentra que en las sentencias dictadas en las acciones de acceso a la información pública, se considera la figura del daño existente o causado, por la negación de acceso a la información, elemento que es importante en materia de garantías jurisdiccionales del ámbito constitucional.

## 5. Bibliografía

### 5.1. Fuentes bibliográficas

Lavalle C. Dolores. *Derecho de acceso a la información pública*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2009.

Organization of American States. *The Inter-American Legal Framework regarding the Right to Access to Information*. Switzerland, 2009.

### 5.2. Fuentes normativas nacionales

Constitución de la República del Ecuador.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales.

Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Registro Oficial n.º 337, publicado el 18 mayo 2004.

## 5.3. Fuentes normativas internacionales

Convención Americana de Derechos Humanos. Internet. *http://www.comisionporlamemoria.org/investigacionyense%C3%B1anza/pdf_biblioteca/Pacto%20de%20San%20Jos%C3%A9%20de%20Costa%20Rica.pdf.*

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Internet. *http://www.un.org/es/documents/udhr/.*

## 5.4. Casos nacionales - Corte Constitucional

Caso 0006-12-JI.
Caso 0009-12-JI.
Caso 0016-12-JI.
Caso 0017-12-JI.
Caso 0019-12-JI.
Caso 0020-12-JI.
Caso 0021-12-JI.
Caso 0022-12-JI.
Caso 0023-12-JI.
Caso 0026-12-JI.
Caso 0027-12-JI.

## 5.5. Casos internacionales

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros vs. Estado de Chile.

# Las medidas cautelares en la realidad constitucional ecuatoriana: eficacia en su aplicación y efectividad de la garantía

Christian Masapanta Gallegos*

## 1. Introducción

Las medidas cautelares dentro de la realidad constitucional ecuatoriana se convierten en una importante herramienta para la tutela y protección de los derechos de las personas, toda vez que mediante su implementación se permite evitar la vulneración de derechos o cesar su violación en caso de haberse producido; aquello va encaminado dentro del paradigma garantista ecuatoriano en donde el fin primigenio del Estado es la tutela y protección de los derechos constitucionales; encontrándonos todos los individuos e instituciones en la obligación de proteger a las personas y a la naturaleza en cuanto a los derechos que nos asisten.

El presente ensayo tiene por objeto determinar el estado del arte de las medidas cautelares en el contexto constitucional ecuatoriano, toda vez que en torno a su aplicación se han generado numerosas dudas por parte de los diversos agentes en procesos constitucionales, produciéndose confusiones que han desnaturalizado la esencia de la garantía, relativizando su efectividad y aplicación ciudadana.

* Licenciado en Ciencias Publicas y Sociales, abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; magíster en Derecho Constitucional y magíster en Política Exterior, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E); candidato a doctor (PhD) en Derecho, UASB-E. Asesor de la Corte Constitucional del Ecuador. Docente en la UASB, sedes Ecuador y Bolivia, Universidad de Especialidades Espíritu Santo y Universidad Católica Santiago de Guayaquil.

Como instrumento de análisis se contará con enunciados doctrinarios, normativos y jurisprudenciales que permiten delimitar la conceptualización, naturaleza, objeto, características y tramitación de las medidas cautelares dentro de la doble dimensionalidad que el constituyente ecuatoriano ha otorgado a esta garantía jurisdiccional. Para ello, se abordará como eje temático central la solución a varios problemas interpretativos surgidos en la realidad procesal ecuatoriana.

Finalmente, se analizará la Sentencia n.º 034-13-SCN-CC de la Corte Constitucional ecuatoriana en donde se establecen innovadores e interesantes elementos jurisprudenciales que permiten delimita el ejercicio y la aplicación de las medidas cautelares en nuestra realidad constitucionales.

## 2. Estado del arte de las medidas cautelares

Las medidas cautelares han sido conceptualizadas desde diversas perspectivas en el ámbito jurídico; así la jurisdicción ordinaria, constitucional y del sistema interamericano de protección de derechos humanos, se sirven de esta importante herramienta para la protección de los derechos de las personas frente a la amenaza de su vulneración o para cesarlas en el evento de haberse producido.

Se puede manifestar que las medidas cautelares son todas aquellas acciones ejercidas por la autoridad competente —jueces y juezas— que teniendo el carácter de provisionales y sin pronunciarse sobre el resultado final del litigio tienen por objeto evitar o cesar la vulneración de los derechos que les asisten a las personas.

Desde la doctrina para el otorgamiento de medidas cautelares, se exige la concurrencia de dos requisitos: el denominado *fumus boni* iuris o apariencia de buen derecho, que se encuentra relacionado con la verosimilitud de la medida; y el *periculum in mora* o peligro, riesgo o amenaza del derecho por el paso del tiempo.

La denominada apariencia de buen derecho o verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*) constituye un principio sustancial que permite operar a las medidas cautelares, cuya esencia hace referencia al conocimiento no exhaustivo, o profundo que debe tener el

juzgador al momento de otorgar la garantía; es decir, debido a la naturaleza inminente de la vulneración del derecho, el juzgador no debe exigir certeza para la concesión de la medida, sino debe verificar únicamente una apariencia, es decir un cierto grado de verosimilitud del derecho,[1] por medio de la cual el operador de justicia no requerirá una demostración plena de la veracidad de los hechos, sino únicamente bases razonables para suponer que lo alegado puede ser verdadero.

Piero Calamandrei señala: "la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidad y verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la sentencia principal; en sede cautelar vasta que el derecho aparezca verosímil […]".[2]

Entre tanto, el peligro en la demora *periculum in mora* es el fundamento de la existencia de las medidas cautelares, este principio hace relación al tiempo que tarda en pronunciarse la sentencia definitiva, lo cual constituye un peligro para los derechos de las personas quienes frente a un peligro inminente deben plantear medidas cautelares como la garantía más efectiva.

El artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) establece el principio del *periculum in mora* al señalar que las medidas cautelares proceden cuando los jueces tengan conocimiento de un hecho que de modo *inminente* y grave amenace o vulnere un derecho constitucional;

1 De manera expresa la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Resolución de Medidas Provisionales del 30 de abril de 2009, en el caso Fernández Ortega y otros, contra de los Estados Unidos Mexicanos, en el considerando 14 señaló: "Que el estándar de apreciación *prima facie* en un caso y la aplicación de presunciones ante las necesidades de protección han llevado a la Corte Interamericana a ordenar medidas en distintas ocasiones". Ver *Asunto del Internado Judicial de Monagas ("La Pica")*. Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de febrero de 2006, Considerando vigésimo segundo*; Asunto Adrián Meléndez Quijano y otros*. Medidas Provisionales respecto de El Salvador. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de mayo de 2007, Considerando décimo primero. *Caso Mack Chang y otros*. Medidas Provisionales respecto de Guatemala, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de enero de 2009, Considerando trigésimo segundo.

2 Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*. Buenos Aires, 1996, p. 77, citado por Priori Posada, Giovanni. *La tutela cautelar*. Lima, ARA Editores, 2006, p. 73.

por tanto, la urgencia e inminencia provocada activa la necesidad de ejercitar esta garantía toda vez que el paso del tiempo podría generar consecuencias perniciosas para las personas que sufren dicha afectación.

La prevención por tanto es uno de los elementos centrales que caracterizan a las medidas cautelares; así el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el artículo 25 determina:[3]

> 1. Con fundamento en los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18.b del Estatuto de la Comisión y XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares. Tales medidas, ya sea que guarden o no conexidad con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano.
>
> 2. A efectos de tomar la decisión referida en el párrafo 1, la Comisión considerará que:
>  a. la 'gravedad de la situación', significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano;
>  b. la 'urgencia de la situación' se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar; y
>  c. el 'daño irreparable' significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización.

3 Artículo 25 modificado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 147° período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013.

3. Las medidas cautelares podrán proteger a personas o grupos de personas, siempre que el beneficiario o los beneficiarios puedan ser determinados o determinables, a través de su ubicación geográfica o su pertenencia o vínculo a un grupo, pueblo, comunidad u organización.

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

Finalmente, un elemento importante a considerarse en el otorgamiento de medidas cautelares es la adecuación de las mismas al objeto que se pretende tutelar, en especial la protección de los derechos constitucionales, por ende el pretender presentar solicitud de medidas cautelares respecto a objetos distintos a los cuales se está debatiendo en la litis es contrario a la naturaleza cautelar que esta garantía persigue.

## 3. Las medidas cautelares como garantías jurisdiccionales

Dentro del constitucionalismo ecuatoriano los derechos constitucionales son el pilar fundamental dentro de la configuración del Estado constitucional de derechos y justicia; en virtud de aquello, se establece una corriente garantista dentro de la realidad constitucional ecuatoriana por medio de la cual se debe propender hacia la materialización de los derechos reconocidos en la Carta fundamental del Estado ecuatoriano.

Conforme lo destaca Ramiro Ávila Santamaría: "La idea de las garantías es establecer mecanismos para prevenir y reparar las violaciones de derechos que se puedan producir por cualquier acto u omisión del Estado o sujetos con poder".[4]

Parafraseando a Ferrajoli, los derechos constitucionales se convierten en límites y vínculos frente al poder estatal o de los

4 Ávila Santamaría, Ramiro. *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011, p. 153.

particulares, se convierten en una acometida a ser observada por todas las personas, no obstante para lograr efectivizar esta amplia gama de derechos constitucionales se requieren de mecanismos que plasmen materialmente los mismos, para ello se crean las denominadas garantías constitucionales.

Las garantías constitucionales constituyen ese conjunto de herramientas que el constituyente ecuatoriano ha dotado a las personas para hacer efectivos sus derechos constitucionalmente reconocidos, frente a aquello se crean garantías normativas, políticas públicas y garantías jurisdiccionales.

En cuanto a las garantías normativas, se parte del presupuesto de que todos los órganos encargados de la producción normativa deben observar la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos bajo el nuevo modelo de Estado aquella garantía debe irradiar a todos los órganos que producen normativa infraconstitucional, para lo cual se debe observar los derechos constitucionalmente reconocidos. En este primer aspecto, los derechos se encuentran tutelados normativamente mediante las denominadas garantías normativas, para lo cual se debe tener como instrumento de análisis la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), que establece procedimientos para efectivizar las garantías, entre los que se destacan las medidas cautelares.

Dentro de las políticas públicas se puede observar cómo los diversos organismos que diseñan y ejecutan políticas públicas deben garantizar los derechos de las personas, no obstante esas políticas públicas podrían generar también afectación a los derechos, para lo cual se debe contar con herramientas jurídicas que impidan esa vulneración.

Finalmente, las garantías jurisdiccionales las mismas que tienen un actor protagónico como son los jueces quienes se encuentran encargados de tutelar los derechos de las personas frente a una vulneración de derechos, o ante la amenaza de vulneración de los derechos constitucionales; dentro de este grupo se destacan las medidas cautelares, las cuales son objeto de nuestro análisis.

## 4. La doble dimensionalidad de las medidas cautelares en el constitucionalismo ecuatoriano

El artículo 87 de la Constitución ecuatoriana manifiesta: "Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho".

El constituyente ecuatoriano ha dotado de una doble dimensionalidad a la garantía de medidas cautelares, puesto que en primer lugar la configura como una garantía autónoma que puede ser demandada por parte de una persona que considere vulnerados sus derechos; y por otra parte, se puede presentar conjuntamente dentro del proceso de otras garantías de protección de derechos.

**4.1. Las medidas cautelares autónomas.** Respecto a esta dimensionalidad de las medidas cautelares, se debe destacar que bajo la configuración de garantía jurisdiccional autónoma las medidas cautelares van a compartir los elementos comunes de las garantías constitucionales, es decir, deberá observar los presupuestos establecidos en la LOGJCC en cuanto a los principios que rigen las garantías jurisdiccionales, así como las normas procesales comunes.[5]

El objeto que persiguen estas medidas cautelares autónomas va de la mano con la celeridad en la administración de justicia constitucional, buscando evitar la vulneración de derechos constitucionales en el evento de que los mismos estuvieren por producirse.

**4.2. Las medidas cautelares conjuntas con otra garantía.** Durante la vulneración de un derecho constitucional puede suceder que se requieran establecer medidas tendientes a cesar la vulneración de un derecho constitucional mientras existe un pronunciamiento de fondo, en aquel sentido puede proponerse dentro de una garantía jurisdiccional de conocimiento una medida cautelar subsidiariamente.

5 Ver artículo 8, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El carácter no residual de la medida cautelar se evidencia en la cesación de la vulneración de derechos constitucionales, ya que esta puede producirse durante el momento de su comisión.

En aquel sentido se permite la presentación de medidas cautelares conjuntamente con una acción de garantías jurisdiccionales o de control abstracto de constitucionalidad, con una salvedad, que está determinada por la acción extraordinaria de protección.

## 5. Naturaleza de las medidas cautelares

La esencia de este tipo de garantías es precautelar los derechos de las personas, frente a un inminente peligro de su vulneración o, una vez producido, hacer cesar dicho atentado.

En cuanto a la oportunidad para presentarlas, cabe destacar que se pueden presentar cuando las circunstancias así lo ameriten; esto va de la mano con el acceso a la justicia constitucional como principio rector del proceso constitucional, puesto que la vulneración a un derecho constitucional puede producirse en cualquier estado procesal.

Cabe destacar que, atendiendo a la naturaleza de la medida cautelar, esta debe hacerse extensiva a la fase procesal de conocimiento, y no respecto a la ejecución de un fallo puesto que se atentaría a la celeridad a la justicia y podría abusarse de la figura para obstaculizar el cumplimiento de las sentencias.

Las medidas cautelares tienden a evitar la materialización de un daño, con un aditamento especial, que radica en el hecho de que si se estuviere produciendo un acto vulnerador de los derechos de las personas podrán adoptarse medidas necesarias para cesar esa violación. La naturaleza de la medida cautelar comporta la suspensión del acto vulnerador de derechos constitucionales.

Conforme lo destaca Ramiro Ávila Santamaría, la vulneración a derechos constitucionales puede producirse antes, durante y después de consumada la violación.[6] Uno de los presupuestos para que operen las medidas cautelares es la gravedad e inminencia; no

6 Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, p. 182.

obstante, también se pueden presentar durante la violación con el objeto de detener dicha vulneración.

Es decir, de manera didáctica, podríamos resumir que dependiendo del momento de vulneración de derechos constitucionales se pueden presentar medidas cautelares de manera autónoma o de forma conjunta; así, antes o durante la vulneración de derechos cabría la medida cautelar autónoma, y una vez consumada la vulneración del derecho se puede presentar de manera conjunta para que dicha vulneración no se extienda y cause daño más pernicioso.

## 6. Características de las medidas cautelares

Entre las características de las medidas cautelares podemos destacar: la temporalidad, verosimilitud del daño ocasionado, urgencia frente al daño, relevancia del daño, instrumentalidad y adecuación.

**6.1. Temporalidad.** Las medidas cautelares no gozan de la característica de permanencia, son más bien temporales, teniendo una definitud en el tiempo determinada por la cesación de la amenaza o vulneración del derecho al cual protegen.

Las medidas cautelares deben dictarse por un tiempo provisional, no existe una definitud respecto a las medidas cautelares, más aún considerando que la definitud de las medidas genera una consecuencia que va en contra de la naturaleza provisional de la garantía.

Las medidas cautelares tendrán como límite temporal la cesación de la vulneración de un derecho o cuando la amenaza haya sido superada. En caso de evidenciarse la necesidad de la permanencia de las medidas cautelares, se deberá activar la garantía pertinente para el respeto de los derechos constitucionales.

**6.2. Verosimilitud.** El juzgador debe evidenciar el daño, más no comprobarlo; basta que existan indicios de la vulneración para que las medidas cautelares deban ser concedidas.

La Corte Constitucional ecuatoriana manifiesta respecto de la verosimilitud lo siguiente:

> […] ii. La verosimilitud fundada de la pretensión, conocido en doctrina como el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, es otro de los presupuestos propios de una acción de medida cautelar. Es ella en realidad en donde descansa el fundamento del otorgamiento de una medida cautelar de naturaleza constitucional, pues se basa en una presunción razonable de que los hechos denunciados como violatorios o de inminente violación de los derechos constitucionales, así como de los previstos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, son verdaderos.[7]

Continuando con su análisis, la Corte expresa que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el artículo 33, determina que "una vez que la jueza o juez conozca sobre la petición de medidas cautelares, si verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en esta ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes. No se exigirán pruebas para ordenar estas medidas […]". La pretensión entonces, no implica necesariamente un juicio de certeza como aquel que se produce en el desarrollo de un juicio principal, así "el análisis sobre la fundabilidad de la pretensión no puede ser entonces un juicio de certeza como aquel que se hace en el proceso principal y que resulta necesario para el dictado de una sentencia, sino que debe ser un análisis basado en la probabilidad de que se obtenga una sentencia que ampare la pretensión planteada".[8]

Finalmente, expresa que el juez deberá advertir que la alegación invocada por el recurrente sea verosímil, y se funde en bases razonables para colegir que aquello que se pone en conocimiento de la jueza o del juez ocasiona o puede ocasionar una violación grave del derecho que necesita ser precautelado o tutelado.

**6.3. Urgencia.** Ante la inminencia de un peligro o frente a la vulneración de un derecho el juzgador debe de manera inmediata dictar las medidas cautelares pertinentes.

7 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 0034-13-SCN-CC, dentro del Caso n.º 0561-12-CN.

8 Posada, Giovanni F. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Lima, Ara Editores, 2006, p. 73.

**6.4. Relevancia.** Cuando se trate de un acto que pueda producir un daño que podría ser irreparable, se deben dictar medidas cautelares para precautelar el derecho, entendiéndose la relevancia en el sentido de la gravedad de los daños ocasionados.

La Corte Constitucional ha señalado:

> La gravedad, por su lado, según lo determina la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, prevista en el artículo 27 segundo inciso, se verifica cuando el daño que se provoca o que está por provocarse puede ser irreversible o por la intensidad o frecuencia de la violación. En esta línea, la gravedad hace alusión entonces a un peligro o daño real que puede sufrir o sufre una persona que puede ser o es víctima de una violación a un derecho reconocido en la Constitución.[9]

**6.5. Instrumentalidad.** Hace referencia a que las medidas cautelares sirven como un instrumento para lograr la consecución de un fin, ese fin constituye evitar o cesar la vulneración de un derecho constitucional, es por ello que las medidas cautelares no responden a un examen exhaustivo del fondo del asunto sino un presupuesto respecto a la amenaza o violación de derechos.

Piero Calamandrei, refiriéndose a la instrumentalidad de las medidas cautelares, señala:

> No constituyen un fin en sí mismas, sino que están subordinadas a la resolución definitiva. Nacen al servicio de la sentencia principal, asegurando su resultado práctico, en prevención de la cual se dictan, preparando el terreno para hacer que sea eficaz, y fenecen con ella, contribuyendo así a garantizar el eficaz funcionamiento de la administración de justicia.[10]

9 El Tribunal Constitucional en su momento intentó definir cuándo un daño es grave, indicando que: "El daño grave se determina cuando el efecto que ha de producir el acto ilegítimo es grande, cuantioso o casi permanente, es decir, cuando la declaración de voluntad del accionado produce o va a producir una lesión real en el derecho o los derechos del accionante o administrado y sus efectos son perjudiciales en gran medida…". (Resolución n.º 0711-2003-RA). Otras resoluciones similares son nos 001-RA-99-I.S. / 106-RA-99-I.S.

10 Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 44, citado por González Chévez, Héctor. *La suspensión del acto reclamado en amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*. México, Editorial Porrúa, 2006, p. 85.

**6.6. Adecuación.** Las medidas cautelares deben ser adecuadas y pertinentes con el objeto a ser tutelado, en la especie con los derechos de las personas, no pueden presentarse solicitudes de medidas cautelares por temas aislados que no obedecen a lo principal de la litis.

La Corte Constitucional en la sentencia n.º 0034-13-SCN-CC señaló respecto a la proporcionalidad y adecuación de medidas cautelares lo siguiente:

> Por otro lado, el artículo 26 inciso segundo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional exige que las medidas cautelares sean medidas adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, con lo cual, la norma da a entender que la medida dispuesta deberá ser siempre proporcional y necesaria en relación al fin que se persigue (una relación proporcional medio y fin) en la cual, la importancia de la intervención deba estar justificada en la importancia de la realización o satisfacción de un fin y dependerá entonces de la gravedad del caso y las circunstancias particulares del mismo, sin que en ningún caso puedan ser excesivas o desproporcionadas.

## 7. El límite regulativo de las medidas cautelares respecto a la acción extraordinaria de protección

La LOGJCC determina claramente que no podrán proponerse medidas cautelares conjuntamente a una acción extraordinaria de protección,11 disposición normativa que podría generar una confusión, toda vez que el artículo 87 de la Constitución de 2008 determina claramente que las medidas cautelares pueden proponerse conjuntamente con cualquier garantía jurisdiccional.

En aquel sentido, corresponde determinar si este límite regulativo que la LOGJCC tiene asidero en la realidad constitucional ecuatoriana, o si el filtro puesto por el legislador en la ley, tiende a ser restrictivo de la garantía. Podemos colegir que lo que motivó al legislador a colocar esta limitación fue la naturaleza excepcional de

11 Ver artículo 27, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

la acción extraordinaria de protección (AEP), considerando que el objeto de análisis de este tipo de garantía es la sentencia, auto definitivo o resolución con fuerza de sentencia en donde se presuma la vulneración de derechos constitucionales o del debido proceso.

Tal como se encuentra configurada la garantía, las medidas cautelares responden a la necesidad de evitar la vulneración de un derecho o cesar la vulneración de aquel. En el caso de presentarse dentro de AEP, estas medidas cautelares podrían interrumpir la fase de ejecución de las sentencias, atentando y agravando el derechos de las partes procesales, situación que se complicaría aún más tratándose de AEP en contra de sentencias de garantías, ya que por medio de estas medidas cautelares se darían incidentes que retrasarían la ejecución de las sentencias. Por eso, el legislador hace suya este filtro regulativo consagrado en la LOGJCC.

## 8. Medidas cautelares y acción de protección de derechos

Otro tema que se encuentra mitificado es la comparación de las medidas cautelares con el anterior amparo constitucional, esto a su vez ha generado que la cultura jurídica del país se tienda a confundirlas con la acción de protección de derechos; por eso a continuación señalamos algunos de sus elementos diferenciadores:

- Las medidas cautelares tienen una naturaleza cautelar, la acción de protección tiene una naturaleza de garantía de conocimiento, las medidas cautelares son provisionales.
- Las medidas cautelares son subsidiarias, pueden presentarse aunque existan otros mecanismos de defensa judicial. Las medidas cautelares no son residuales; en cambio la acción de protección es subsidiaria y residual, es decir, si existen otros mecanismos no procede la acción de protección (no procede cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial).
- Las medidas cautelares operan frente a la posible vulneración de derechos constitucionales; su objeto es evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación

de derechos constitucionales (acción de protección (AP) cuando exista la vulneración de derechos constitucionales).

- Cualquier persona puede solicitar medidas cautelares, en cambio la AP solo las personas o colectivos que sufran la afectación de su derecho.
- En la sentencia de medidas cautelares no cabe la acción extraordinaria de protección; entre tanto, ante la sentencia de acción de protección si cabe la acción extraordinaria de protección.
- No se pueden presentar medidas cautelares respecto de omisiones solo frente a actos; la acción de protección si puede presentarse respecto a acciones u omisiones.
- En las medidas cautelares se debe justificar la inminencia y gravedad; en la acción de protección esto se determinará en el proceso de conocimiento.
- En las medidas cautelares se debe demostrar la verosimilitud, los jueces no requieren evidencia concluyente; mientras tanto, en la acción de protección se requiere evidencia y pruebas por parte de los jueces de garantías.
- Finalmente, las medidas cautelares deben ser más rápidas y sumarias que la acción de protección debido al daño inminente que procuran evitar o cesar, pudiendo comunicar inmediatamente a la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos.

## 9. Tramitación de las medidas cautelares

Conforme lo determina el artículo 8 de la LOGJCC, las medidas cautelares deben observar las nomas comunes a todo proceso constitucional, para lo cual se establece que el trámite en las garantías jurisdiccionales debe ser sencillo, rápido y eficaz; se propenderá a la oralidad; serán hábiles todos los días y horas; se empleará los medios eficaces para las notificaciones; y se dará primacía a lo sustancial por sobre lo formal.

La Corte Constitucional ecuatoriana precisa criterios fundamentales para la configuración de medidas cautelares con relación a:

a) Presupuestos de concesión de las medidas cautelares.
b) Procedimientos previstos para las medidas cautelares.
c) Revocabilidad de las medidas cautelares.[12]

En cuanto a los presupuestos de concesión de las medidas cautelares, señala la Corte que conforme lo ha desarrollado la propia doctrina los presupuestos de concesión de las medidas cautelares en materia constitucional son los siguientes: i. Peligro en la demora; y, ii. Verosimilitud fundada de la pretensión.

En cuanto al trámite, la Corte señala que existen dos posibilidades para activar las medidas cautelares: 1) en conjunto con acciones constitucionales destinadas a la protección de derechos, "cuando tenga por objeto detener la violación del derecho […]"[13] sin que aquello implique un prejuzgamiento; y, 2) de manera autónoma es decir, como un proceso independiente de cualquier otro procedimiento constitucional tendiente a la protección de derechos, con el fin de cesar la amenaza y evitar, por tanto, la vulneración de los derechos constitucionales.

En cuanto a las medidas cautelares conjuntas, el artículo 10 de la LOGJCC[14] determina la posibilidad de presentar medidas

12 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 0034-13-SCN-CC, dentro del Caso n.º 0561-12-CN.

13 Artículo 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

14 Art. 10.- Contenido de la demanda de garantía.- La demanda, al menos, contendrá:
1. Los nombres y apellidos de la persona o personas accionantes y, si no fuere la misma persona, de la afectada.
2. Los datos necesarios para conocer la identidad de la persona, entidad u órgano accionado.
3. La descripción del acto u omisión violatorio del derecho que produjo el daño. Si es posible una relación circunstanciada de los hechos. La persona accionante no está obligada a citar la norma o jurisprudencia que sirva de fundamento a su acción.
4. El lugar donde se le puede hacer conocer de la acción a la persona o entidad accionada.
5. El lugar donde ha de notificarse a la persona accionante y a la afectada, si no fuere la misma persona y si el accionante lo supiere.
6. Declaración de que no se ha planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones, contra la misma persona o grupo de personas y con la misma pretensión. La declaración de no haber planteado otra garantía, podrá subsanarse en la primera audiencia.

cautelares conjuntamente con otra garantía, para ello se han de cumplir los requisitos de la demanda contemplados en la norma antes citada, y en caso de considerarlas pertinentes el juez en el auto de calificación de la demanda de la garantía conexa se encargará de concederlas (art. 13, LOGJCC),[15] luego de aquello se continuará con el trámite de la garantía jurisdiccional conjunta.

Respecto de las medidas cautelares autónomas, el artículo 26 de la LOGJCC establece la finalidad de las medidas cautelares y la adecuación de las mismas. En cuanto a la legitimación activa podrán presentarse por cualquier persona, pueblo o comunidad que tenga conocimiento de un hecho que pueda generar la vulneración de derechos.

Se debe determinar la gravedad del acto, para lo cual la LOGJCC ha establecido que se considerará grave "cuando pueda ocasionar daños irreversibles por la intensidad o frecuencia de la violación". Cabe destacar dentro de los efectos de las medidas cautelares que el otorgamiento y su adopción no constituyen prejuzgamiento de la vulneración del derecho, ni alcanzarán un valor probatorio.

El procedimiento será sencillo, aplicando el principio de primacía de lo sustancial por sobre lo formal, pueden proponerlo la persona o grupo de personas de manera verbal o escrita, ante cualquier juez.

---

7. La solicitud de medidas cautelares, si se creyere oportuno.
8. Los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tenga como resultado la violación de derechos constitucionales, excepto los casos en los que, de conformidad con la Constitución y esta ley, se invierte la carga de la prueba.

Si la demanda no contiene los elementos anteriores, se dispondrá que se la complete en el término de tres días. Transcurrido este término, si la demanda está incompleta y del relato se desprende que hay una vulneración de derechos grave, la jueza o juez deberá tramitarla y subsanar la omisión de los requisitos que estén a su alcance para que proceda la audiencia.

15 Art. 13.- Calificación de la demanda de garantía.- La jueza o juez calificará la demanda dentro de las veinticuatro horas siguientes a su presentación. La calificación de la demanda deberá contener:

1. La aceptación al trámite, o la indicación de su inadmisión debidamente motivada.
2. El día y hora en que se efectuará la audiencia, que no podrá fijarse en un término mayor de tres días desde la fecha en que se calificó la demanda.
3. La orden de correr traslado con la demanda a las personas que deben comparecer a la audiencia.
4. La disposición de que las partes presenten los elementos probatorios para determinar los hechos en la audiencia, cuando la jueza o juez lo considere necesario.
5. La orden de la medida o medidas cautelares, cuando la jueza o juez las considere procedentes.

> Conforme lo disponen los artículos 27, primer inciso, y 29 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, las medidas cautelares, en caso de ser procedentes, deben ser ordenadas de manera inmediata y urgente, una vez que los hechos se han puesto en conocimiento de la jueza o juez constitucional. Como quedó ya indicado, los requisitos de procedencia de las medidas cautelares son, a saber: a) Peligro en la demora y verosimilitud fundada en la pretensión; b) Inminencia de un daño grave (*periculum in mora*); c) que no existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias; d) que no se dirijan contra la ejecución de órdenes judiciales, y e) que no se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos.[16]

Cuando se presente de manera conjunta con otras garantías el juez tendrá la obligación de evacuar en primer lugar las medidas cautelares, no siendo necesaria la calificación del requerimiento, pudiendo ordenarlas en la calificación de la demanda de garantías conexa.

Si el juez observa y verifica con la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en la ley, no se requerirán pruebas; en el caso de inadmisión o negativa de medidas cautelares no se podrá apelar de esta decisión lo cual va de la mano con la naturaleza sumaria de este tipo de garantías, ya que el permitir la apelación podría generar una dilación en el proceso que genere mayor perjuicio a las víctimas de vulneración de un derecho constitucional.

> Las medidas cautelares se conceden *in audita parte*, esto es, como lo dispone la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se ordenan y luego se comunican al destinatario. Y ello debe ocurrir en los dos casos posibles de medidas cautelares, en conjunto y autónomas; en tal virtud, cuando se plantean dentro de garantía constitucional, estas se ordenan en la primera providencia conforme el artículo 13 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Cuando se solicitan de manera autónoma, la jueza o juez constitucional

16 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 0034-13-SCN-CC, dentro del Caso n.º 0561-12-CN.

> "verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en esta ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes", sin que para ello se deban exigir pruebas, conforme lo establece el artículo 33, primer inciso de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.[17]

El juez debe especificar de manera individualizada las acciones positivas y negativas a cargo del destinatario de medidas cautelares, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse.

En cuanto a la ejecución las sentencias de medidas cautelares, al igual que cualquier sentencia de garantías, deben cumplirse eficazmente para lo cual el juez debe emplear todos los medios para hacerla cumplir, pudiendo delegar a la Defensoría del Pueblo u otra institución estatal de protección de derechos la supervisión de la ejecución de medidas cautelares.

Además, el artículo 35 de la LOGJCC habla de la revocatoria de medidas cautelares, que operará solo cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos, para lo cual los destinatarios de la medida deben justificar al juez sobre la ejecución de medidas cautelares debiendo demostrar que se evitó o interrumpió la violación de derechos, o que el pedido no tenía fundamento.

La Corte Constitucional ha señalado que:

> […] al no constituir el proceso de medidas cautelares autónomas una acción que resuelve el fondo de la controversia constitucional, que no constituye un prejuzgamiento, peor aún cosa juzgada, carente de valor probatorio en el caso de existir una garantía jurisdiccional por violación de derechos, estas son revocables por causas sobrevinientes que merecen ser justificadas por quien solicita la revocatoria de ellas y razonadas por el juzgador que las adopta.[18]

17 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 0034-13-SCN-CC, dentro del Caso n.º 0561-12-CN.

18 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 0034-13-SCN-CC, dentro del Caso n.º 0561-12-CN.

## 10. La eficacia en cuanto a la aplicación de medidas cautelares

La eficacia de una sentencia de medidas cautelares está determinada por su cumplimiento; al ser estas sentencias, deben ser cumplidas de manera obligatoria.

De ser incumplidas las sentencias de medidas cautelares, se podrá efectivizar acciones de incumplimiento ante la Corte Constitucional ecuatoriana.

El artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina el objeto de las medidas constitucionales, que radica en "evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos". Es decir, el objeto se configura dentro de la realidad preventiva en caso de la amenaza de violación de derechos, y dentro de la realidad suspensiva cuando la vulneración ya se haya producido. Cabe destacar que al tratarse de una acción de naturaleza cautelar la concesión de dichas medidas no implica un pronunciamiento de fondo respecto a la vulneración de derechos.

Finalmente, se debe destacar que las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar la efectividad de la sentencia, así como evitar que durante la duración del proceso se puedan producir perjuicios de difícil reparación. Por eso, las medidas cautelares deben ser congruentes y proporcionales con el objeto que es materia de la medida cautelar.

### *La efectividad de una sentencia de medidas cautelares, a partir del análisis de la sentencia n.º 0034-13-SCN-CC, dentro del caso n.º 0561-12-CN de la Corte Constitucional del Ecuador*

En Ecuador, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina en el artículo 6 que la finalidad de las garantías es la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Se han generado una serie de problemas y confusiones respecto del empleo de medidas cautelares en nuestro país, por eso la

tarea emprendida por la jurisprudencia ha sido trascendental, estableciéndose lineamientos que han permitido configurar a esta garantía jurisdiccional, una muestra de esto es la Sentencia n.° 0034-13-SCN-CC, dentro de la causa n.° 0561-12-CN, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, que por consulta de normas fue presentada por el abogado Augusto Posligua Galarza, juez cuarto de Trabajo del Guayas, dentro del proceso de medidas cautelares autónomas signado con el n.º 855-2012, por tener duda razonada y motivada acerca de la constitucionalidad de las normas contenidas en los artículos 27 y 42, numeral 6 de la LOGJCC.[19]

La presente consulta de norma tiene como antecedente la acción de medidas cautelares presentada por María Delia Aguirre Medina, como representante de la compañía Exportadora Bananera Noboa S. A., en contra del auto dictado por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia el 3 de febrero del 2012 a las 16:25, que niega el recurso de hecho y de casación presentado por la accionante y, en consecuencia, confirma el auto dictado por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal n.° 2, en el que se ordena el archivo de la demanda de impugnación formulada por Exportadora Bananera Noboa S. A., en contra de la glosa tributaria determinada por el director regional del Servicio de Rentas Internas Litoral Sur, durante el ejercicio económico 2005.

A consideración de la accionante, el auto emitido por la Corte Nacional de Justicia, que conlleva al cobro de una deuda tributaria por 50 millones de dólares correspondiente al ejercicio fiscal 2005, vulnera el derecho al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la defensa, produciendo de forma inminente gravísimas e irreparables

19 Art. 27.- Requisitos.- Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho.
Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.
No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos. […]
Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede: […] 6. Cuando se trate de providencias judiciales".

repercusiones sociales y económicas no solo a la empresa, sino también a sus trabajadores y familias, presentando acción de medida cautelar por tratarse de una acción del poder público que vulnera derechos constitucionales, y presenta una acción de medida cautelar.

Frente a la acción presentada, el juez cuarto de Trabajo del Guayas, mediante resolución dictada el 21 de agosto de 2012, concedió de forma 'parcial' la acción de medidas cautelares y dispuso que el Servicio de Rentas Internas (SRI) no ejecute la acción de cobro de la glosa determinada por el año fiscal 2005, hasta tanto la Corte Constitucional se pronuncie sobre el 'recurso extraordinario de protección' presentado por la accionante, Exportadora Bananera Noboa S. A. Posteriormente, el 24 de agosto de 2012, dando trámite al pedido de revocatoria de las medidas cautelares solicitadas, resolvió desechar la misma, entre otras razones, debido a que se había elevado el proceso a consulta a la Corte Constitucional.

Se debe destacar que en la sentencia dictada por el juez cuarto de Trabajo del Guayas en la que se aceptó parcialmente las medidas cautelares, se aprecia que el juzgador, acogiendo el derecho a la resistencia invocado por el accionante, resolvió actuar fuera de sus competencias y facultades e inaplicó el artículo 27 de la LOGJCC, sin considerar que la norma inaplicada en el trámite de la causa prohíbe la solicitud de medidas cautelares cuando se trata de ejecución de órdenes judiciales, tal como acontecía en el caso, en el que la accionante solicitaba expresamente la "cesación de manera inmediata de los efectos del ilegítimo e injusto acto de poder público, contenido en el auto de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional".

## 11. Consideraciones de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional frente a la confusión generalizada entre los juzgadores que conocen casos en los que se solicita la adopción de medidas cautelares considera que es necesario realizar ciertas puntualizaciones respecto de la limitación de esta garantía.

En lo principal, la Corte Constitucional manifiesta que el objeto de las medidas cautelares es proteger los derechos constitucionales y humanos ante las amenazas o violaciones,[20] lo cual va de la mano con la LOGJCC, que en el artículo 26 establece que las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución o en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Lo interesante de la sentencia radica en las precisiones que la Corte realiza respecto a temas que podrían generar confusión a la hora de presentar medidas cautelares; así señala que

> […] para el caso de la violación de los derechos, la situación es clara desde el momento en el que el ejercicio pleno de un derecho constitucional o un derecho humano es impracticable, o cuando el bien jurídico es lesionado, es decir, la persona ha sido ya víctima de una intervención vulneratoria; la acción de medidas cautelares debe ser solicitada conjuntamente con la garantía jurisdiccional correspondiente.

De esa forma clarifica el panorama respecto a cuándo se deben presentar medidas cautelares conjuntas. En cambio, manifiesta que la presentación de una solicitud de medidas cautelares autónomas y su concesión operará ante 'el presupuesto de la amenaza', que reitera la Corte tal como se encuentra prevista en nuestra Constitución en el artículo 87; se refiere a cuando un bien jurídico que, sin ser necesariamente afectado o lesionado, se encuentra en tránsito de sufrir un daño grave y la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de que la vulneración suceda.[21] Ello se relaciona también de manera directa con la inminencia del daño y justifica una urgente necesidad de actuación por parte de las juezas y jueces constitucionales que conocen estas medidas, de lo contrario el daño se consumaría, convirtiendo en inefectiva la medida solicitada.

20 Rey Cantor, Ernesto y Ángela Margarita Rey Anaya. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005, p. 167.

21 Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya, *op. cit.*, p. 168.

Finalmente, la Corte Constitucional ecuatoriana expresa que la efectividad de una medida está dada en función de los resultados efectivos y reales que se pueden obtener con la activación de la misma, los que se medirán en cada caso dependiendo sus elementos fácticos y las particularidades que se generen.

A modo de conclusión, se debe destacar que la Corte Constitucional ecuatoriana emitió reglas jurisprudenciales para la configuración de las medidas cautelares en la realidad constitucional ecuatoriana; es así como en la parte resolutiva determina:

1) Debido a que en la especie, esta Corte advierte por parte del juez consultante, una actuación contraria a la obligación contenida en el artículo 428 de la Constitución, en concordancia con el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y en aplicación de la atribución para expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante, prevista en el artículo 436, numeral 6 de la Constitución de la República, advierte a las juezas y jueces que proceder en contrario a la obligación de suspender la tramitación de la causa y remitirla en consulta a la Corte Constitucional, ante la presencia de una duda razonable y motivada respecto de su conformidad con la Constitución, configura un incumplimiento de precedentes constitucionales, sancionado conforme lo determinan los artículos 86, numeral 4 de la Constitución, 164, numeral 4 y 165 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
2) En razón de que esta Corte ha advertido que la activación de las medidas cautelares, en tanto garantías jurisdiccionales de los derechos, ha sido objeto de confusiones por parte de los operadores de justicia que las conocen, en aplicación de su atribución para expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante, prevista en el artículo 436, numeral 6 de la Constitución de la República, emite las siguientes reglas a ser observadas, bajo prevenciones de sanciones en los casos en los que se conozcan solicitudes de medidas cautelares:
    a) Las medidas cautelares tienen el carácter de provisionales; por tanto, el efecto de la resolución que las conceda subsistirá en tanto persistan las circunstancias que las justifiquen o concluya la acción constitucional destinada a

la protección de derechos reconocidos en la Constitución, de haber sido presentada en conjunto con ella.

b) La concesión de medidas cautelares procede en caso de amenazas o violaciones a derechos reconocidos en la Constitución, con diferencia de objeto entre uno y otro supuesto:

   i. En caso de amenazas, el objeto de las medidas será prevenir la ocurrencia de hechos que se consideren atentatorios a derechos reconocidos en la Constitución. La amenaza se da cuando un bien jurídico no se encuentra afectado o lesionado, sino en camino de sufrir un daño grave y la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de que la vulneración se verifique. De ser el caso, por no verificarse todavía de manera actual una vulneración del derecho, procederá la presentación de las medidas cautelares como garantías jurisdiccionales de manera autónoma.

   ii. En caso de violaciones a derechos reconocidos en la Constitución, el objeto será cesar dicha situación. Se consideran como tales aquellas situaciones en las que el ejercicio pleno de un derecho reconocido en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos es impracticable, o cuando el bien jurídico es lesionado, es decir, cuando la persona ya ha sido víctima de una intervención ilícita. En dicho caso, las medidas cautelares deberán ser necesariamente solicitadas en conjunto con una garantía jurisdiccional de conocimiento, se deberá condicionar la concesión de la medida cautelar a la constatación del daño grave que pueda provocar efectos irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.

c) Para la concesión de las medidas cautelares autónomas o en conjunto, la jueza o juez constitucional requerirá la verificación previa de los presupuestos previstos en el artículo 27, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Dicha verificación deberá ser razonable y justificada, y deberá exponerse en la resolución que las conceda.

d) La concesión de las medidas cautelares por parte de las juezas y jueces constitucionales debe siempre obedecer al principio de proporcionalidad, reconocido en el artículo 3, numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, lo cual deberá formar parte de la motivación de la resolución por medio de la cual estas se otorguen.

e) Adicionalmente a la inexistencia de medidas cautelares en vías administrativas u ordinarias, y a la prohibición de presentarlas contra la ejecución de órdenes judiciales, los presupuestos para la concesión de las medidas cautelares son:

   i. Peligro en la demora, determinado en cada caso en razón de las circunstancias que justifiquen una acción urgente por la inminencia de un daño grave a uno o más derechos reconocidos en la Constitución; sea dicha gravedad causada por la imposibilidad de revertirlo, o porque su intensidad o frecuencia justifiquen una actuación rápida, que no pueda ser conseguida de forma oportuna por medio de una garantía de conocimiento, sin perjuicio de la decisión definitiva que se adopte en esta última.

   ii. Verosimilitud fundada de la pretensión, entendida como una presunción razonable respecto de la verdad de los hechos relatados en la solicitud.

f) En el caso de las medidas cautelares en conjunto, conforme con lo prescrito en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, su concesión se realizará, de considerarlo procedente, en la providencia que declare la admisibilidad de la acción de conocimiento. La concesión estará sujeta a los requisitos previstos en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

g) En el caso de las medidas cautelares en conjunto, una vez que el juez ha verificado su procedencia y si estas han sido concedidas, el trámite que deben observar los juzgadores es el previsto para la garantía jurisdiccional que haya sido solicitada con la medida cautelar en conjunto.

h) En el caso de las medidas cautelares autónomas, de ser procedentes, deben ser ordenadas en la primera providencia. El destinatario de la medida cautelar podrá solicitar su revocatoria por las causas establecidas en la ley. Cuando la jueza o juez considere que no procede la revocatoria, deberá determinar las razones mediante auto, el que podrá ser apelado en el término de tres días.
i) La jueza o juez tienen la obligación de garantizar el cumplimiento y ejecución de las medidas cautelares, hacer el seguimiento de las mismas, e informar a las partes sobre la necesidad de mantener las medidas.[22]

De esta forma, la Corte Constitucional ecuatoriana hermenéuticamente configura el alcance y dota de contenido material a la institución de las medidas cautelares como garantía jurisdiccional en la realidad jurídica ecuatoriana.

## 12. Conclusiones

Las medidas cautelares constituyen una importante herramienta que permite la protección de derechos constitucionales, cuyo objeto es evitar que el hecho se cometa frente a la amenaza de la vulneración o cesar la violación de un derecho en caso de haberse producido.

Estas garantías jurisdiccionales en la realidad jurídica constitucional ecuatoriana tienen una doble dimensionalidad; así pueden operar de manera autónoma o conjuntamente con otra garantía. Deberán observar las características comunes de las garantías jurisdiccionales, estableciéndose una excepcionalidad en la concesión de medidas cautelares conjuntas, la que se encuentra dada por la acción extraordinaria de protección.

La configuración de las medidas cautelares debe observar la gravedad de daño y la verosimilitud de los actos vulneradores de derecho como condiciones para su otorgamiento, en cuanto a la

22 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 0034-13-SCN-CC, dentro del Caso n.º 0561-12-CN.

gravedad del daño la concesión de la medida debe ser proporcional y adecuada con el daño que se quiere evitar; y en cuanto a la verosimilitud debido a la naturaleza cautelar de la garantía el juzgador no deben comprobar la amenaza o vulneración del derecho, sino tener fundamentos razonables de que el acto puede llegar a producirse y generar efectos perniciosos.

La tramitación de las medidas cautelares se basará en los procedimientos comunes de las garantías y sus principios rectores contenidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con las particularidades propias de la naturaleza de la garantías; así la audiencia será de manera excepcional para garantizar la celeridad, las notificaciones se realizarán después de la concesión de la medida cautelar, y pueden ser objeto de revocatoria cuando el juez considere que ha cesado la amenaza o vulneración de derechos.

La Corte Constitucional mediante la jurisprudencia ha dotado de importantes insumos para la configuración y delimitación de esta garantía jurisdiccional, así en la sentencia n.° 034-13-SCN-CC, se conceptualiza, establece requisitos y desarrolla en procedimiento de las medidas cautelares en la realidad ecuatoriana.

Finalmente, se debe destacar que las sentencias de medidas cautelares al igual que cualquier otra garantía deben ser observadas y cumplidas obligatoriamente, correspondiendo adoptarse todas las medidas para su efectivo cumplimiento, todo esto en aras de precautelar el fin primigenio que persigue el modelo estatal en nuestro país, que está determinado por la protección de los derechos de las personas y de la naturaleza.

## 13. Bibliografía

Ávila Santamaría, Ramiro. *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011.

Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá, Editorial Temis, 2008.

Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*. Buenos Aires, 1996.

Grijalva, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011.

Kenedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá, Editorial Uniandes, 2002.

Priori Posada, Giovanni. *La tutela cautelar*. Lima, ARA Editores, 2006.

Rey Cantor, Ernesto y Ángela Margarita Rey Anaya. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005.

Trujillo, Julio César. *Constitucionalismo contemporáneo: teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/ Corporación Editora Nacional, 2013.

Uribe, Daniel. "Las medidas cautelares en la nueva Constitución del Ecuador". *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2. Eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/CEDEC, 1.ª reimp., 2012.

### 13.1. Jurisprudencia nacional

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.° 0034-13-SCN-CC, dentro del Caso n.° 0561-12-CN.

# Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador

Jhoel Escudero Soliz*

El presente análisis sobre el derecho a la reparación integral se enfoca en su dificultosa aplicación. No cabe duda de que el desarrollo de este concepto, originado en el derecho internacional de los derechos humanos, es una gran contribución para la realización de la justicia. En este sentido, sobre la reparación integral se revisa: i) El origen de la reparación integral en el derecho internacional de los derechos humanos; ii) La reparación integral como norma constitucional en el Ecuador; y, iii) La compleja implementación de la reparación integral.

## 1. Origen y concepto del derecho de reparación integral

El origen de la reparación integral lo encontramos en el derecho internacional humanitario.[1] Como parte de la lucha contra la impunidad, surge el derecho a obtener reparaciones que se derivan

* Máster y doctor (Phd) (c) en Derecho, mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador (UASB-E); licenciado en Ciencias Públicas y Social; doctor en Jurisprudencia, abogado y mediador, por la Universidad Central del Ecuador (UCE). Profesor invitado a la maestría de Derecho Procesal, UASB-E, maestría de Derecho Constitucional, Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES). Exprofesor de Derecho Constitucional, Universidad de las Américas (UDLA). Coordinador de investigación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional.

1 Comisión Colombiana de Juristas. *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*. Internet. *http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf*. Acceso: 19 enero 2013.

de la obligación general de todos los Estados de respetar y hacer respetar los derechos humanos.

El proceso que preparó el camino para la elaboración de los fundamentos y directrices de la reparación integral se enfocó en crear un remedio para casos impunes e ignorados. Dentro de este contexto se pueden citar casos extremos como: la desaparición forzada, la tortura, la ejecución extrajudicial, la vulneración a la integridad física, detenciones arbitrarias, entre otros.

Un asunto espinoso sobre las causas de la creación de la reparación integral y el derecho a la verdad son las razones jurídicas, a más de la gravedad del caso, las de índole procesal. Un proceso judicial debe desarrollarse en un plazo razonable, cuya finalidad es impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación, y asegura que un proceso se decida prontamente. Debido a la inmensa variable de casos e imposibilidad de imponer un plazo determinado para saber si se ha afectado este derecho, se han previsto parámetros generales para calcularlo, considerando el siguiente esquema: "a) complejidad del asunto, b) actividad del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales."[2] Todo ello, junto al deber del Estado de realizar investigaciones serias conducentes a descubrir los responsables y las razones de las violaciones de derechos; es decir, que los procesos judiciales creados como forma de hacer justicia no estén condenados al fracaso.[3]

Sin embargo, la disposición judicial de archivo de proceso, ya sea por caducidad, prescripción y agotamiento de recurso, sin que exista ninguna respuesta sobre los responsables de graves vulneraciones de derechos humanos, han generado impunidad y sufrimiento a las victimas y/o sus familiares de graves violaciones de derechos.[4] Estos dos elementos juegan un rol central a la hora de

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suarez Rocero vs. Ecuador. Internet. *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf* . Acceso: 19 enero 2013.

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Internet. *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf*. Acceso: 19 enero 2013.

4 Para el Estado la tarea de cumplir con un proceso judicial efectivo, en ciertos casos, produce circunstancias que ha resultado contradictorias. Por ejemplo, al aplicar el plazo razonable, en ciertas circunstancias, se activan las disposiciones de prescripción que produce el archivo de la causa, sin que se sepan en el proceso las razones de la vulneración de los derechos de las víctimas.

analizar la reparación integral, ya que en ciertos casos la restitución del derecho basada en el reconocimiento económico del daño es insuficiente, debido a que no ha cambiado la situación de angustia y sufrimiento de las víctimas que permanecen sin información de lo ocurrido en las vulneraciones de derechos. Es así que se fue complementando el derecho a saber (verdad)[5] y a que se juzgue a los responsables para terminar con la situación de impunidad (justicia).[6]

Frente a esta situación que se ha experimentado en los diferentes sistemas universal, regional y nacional de derechos humanos, la Asamblea General de Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 2005, adoptó los principios básicos y las directrices del derecho a reparar integralmente a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, concentrándose en la necesidad de difundir los parámetros de este derecho. Del mismo modo, recomendó a los Estados acoger estos principios y aplicarlos.[7]

El contenido de los términos "remedio", "reparación", "compensación" y otras palabras en el contexto de las infracciones del derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos en los sistemas regionales y el derecho interno de los Estados, se usan de forma diferente para expresar o indicar conceptos similares.

Entonces, la palabra reparación hace referencia a un amplio rango de medidas que pueden adoptarse a una violación real o potencial que abarca tanto la sustancia de la ayuda, así como el procedimiento a través del cual se la puede obtener. En esencia, no existen parámetros definidos para un único uso de la palabra, pero para efectos del reconocimiento de los Estados, se expresa como

5 Méndez, Juan. "El derecho a la verdad frente a graves violaciones de derechos humanos". Internet. *http://www.historizarelpasadovivo.cl/es_resultado_textos.php?categoria=Verdad%2C+justicia%2C+memoria&titulo=El+derecho+humano+a+la+Verdad.+Lecciones+de+las+experiencias+latinoamericanas+de+relato+de+la+verdad*. Acceso: 19 enero 2013.

6 Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Internet. *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf*. Acceso: 20 enero 2013.

7 Theo van Boven. "Redress implementing victims' rights, a handbook on the basic principles and quidelines on the rights to a remedy and reparation". Internet. *http://www.redress.org/downloads/publications/Reparation%20Principles.pdf*. Acceso: 20 agosto 2012.

una doble obligación hacia las víctimas: para que sea posible el alivio del daño sufrido y para proporcionar un resultado final que en realidad ocupa el daño. Para decirlo de otra manera, la justicia para las víctimas exige genuinos mecanismos procesales que resulten en el alivio final y positivo de la vulneración de derechos (sustancia de la reparación).[8]

La reparación frente a la perspectiva de la víctima admite varias cuestiones, tales como: ¿Qué violaciones están obligadas por la reparación? ¿Qué remedio ofrece la justicia? ¿Qué criterios deben aplicarse para determinar el tipo de reparación ofrecida (monetaria u otra)?

La víctima es quien de forma individual o colectiva sufre el daño grave, incluye el daño físico, mental, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o sustanciales, afectaciones a sus derechos, a través de actos u omisiones que constituyen graves o serias violaciones del derecho internacional de los derechos humanos.

La víctima también incluye la familia inmediata o sus dependientes directos, así como las personas que tienen lazos afectivos directos con la víctima. Partiendo de estas consideraciones, se desprenden diferentes tipos: las primeras son víctimas directas y las segundas indirectas. Estas últimas también tienen acceso a la reparación, así como las víctimas personales y colectivas.

Ante este panorama se han adecuado varias formas de protección a las víctimas, por medio de las cuales se deben garantizar los derechos de las personas, buscando generar una apropiada legislación y administración de la reparación que al interior de los Estados poseen matices diferentes. En ese sentido, consta el deber de investigar de forma eficaz, rápida, completa e imparcial las violaciones de derechos, dar a quienes afirman ser víctimas acceso efectivo a la justicia y proporcionarles reparación.

En forma general, la reparación integral posee los parámetros siguientes:

a) La restauración está enfocada en el restablecimiento del derecho vulnerado, devolviéndole a la víctima el derecho

8 *Ibíd.*

de ejercer el derecho negado, o de continuar ejerciendo plenamente si fue limitado con el hecho dañoso. Principio basado en el resarcimiento *in natura* que implica la restitución plena al estado anterior, por ejemplo ordenar la libertad de las personas detenidas arbitrariamente, declarar nulos los procesos judiciales o administrativos irregulares, ordenar la reinserción al trabajo con salarios y compensaciones. En esta parte, debe sumarse la afectación física y sicológica provocada por el daño perpetrado en la víctima.

b) La compensación significa un reconocimiento sobre el daño provocado. Este usualmente se expresa en sentido monetario que se otorga a la víctima o sus familiares. El reconocimiento económico del daño debe ser proporcional a la gravedad de la violación y las circunstancias de cada caso y está constituido por: i) Daño físico y mental; ii) Pérdida de oportunidades, daño emergente; iii) Pérdidas de ingresos, incluido el lucro cesante; iv) Perjuicios morales; y, v) Reconocimientos de todos los gastos de servicios como jurídicos, médicos, asistencia social, entre otros.

c) La rehabilitación consiste en la asistencia a la víctima en su recuperación física y psicológica. Incluye todos los gastos y tiempo que la víctima invierte para su completa recuperación.

d) Satisfacción, cuando el daño no puede ser restituido el Estado debe satisfacer el daño causado a la dignidad de la víctima o sus familiares, reconociendo el derecho violado e identificando a los transgresores.[9]

En consecuencia, la reparación está integrada por medidas materiales (económicas) e inmateriales (reconocimiento del daño) y la garantía de no repetición (políticas públicas).

9 *Ibíd.*

### 1.1. Dificultades con el cumplimiento integral de la reparación ordenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Ecuador

Las directrices generales antes citadas sobre la reparación integral, han sido reconocidas y desarrolladas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). Ahora bien, implementar la efectiva aplicación del derecho a la reparación integral por parte de la Corte IDH ha resultado un asunto complejo, que desde un punto de vista del realismo jurídico podría considerarse un tanto ilusoria o por lo menos de dificultoso cumplimiento debido a la falta de mecanismos coercitivos por parte de la Corte IDH para hacer cumplir sus fallos.

Cabe señalar que cada legislación de los países suscritos a la competencia de la Corte IDH tiene un procedimiento judicial o administrativo propio para hacer cumplir las sentencias de derechos humanos. Teniendo en cuenta, la falta de pleno cumplimento de sentencias internacionales afecta directamente el derecho a la tutela judicial efectiva, que exige que el fallo se cumpla en sus propios términos y completamente.

Es así que de un análisis de todas las sentencias expedidas por la Corte IDH contra Ecuador,[10] se encontró que ninguna sentencia se ha cumplido integralmente. En cuanto al proceso de ejecución en el Ecuador, se dictó el Decreto Ejecutivo n.º 1317[11] que designa al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos como entidad responsable de coordinar la ejecución de sentencias expedidas por

10 Corte IDH, casos contra Ecuador: 1) Suárez Rosero, sentencia sobre el fondo, de 12 noviembre 1997; sentencia de reparaciones, de 20 enero 1999; 2) Consuelo Benavidez, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de 19 junio 1999; 3) Acosta Calderón, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 junio 2005; 4) Zambrano Vélez, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 4 julio 2007; 5) Chaparro Álvarez, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 21 noviembre 2007; 6) Salvador Chiriboga, sentencia de Excepción Preliminar y Fondo, de 6 mayo 2008; 7) Vera Vera, sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, de 19 mayo 2011; 7) Tibi, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 7 septiembre 2004; 8) Alván Cornejo, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de 22 noviembre 2007; 9) Mejía Hidrovo, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 5 julio 2011. Internet. *http://www.corteidh.or.cr/pais*.

11 Decreto n.º 1317, publicado en Registro Oficial n.º 428 de 18 septiembre 2008.

la Corte IDH, para lo que establece un proceso de tipo administrativo, además de preverse la acción constitucional de incumplimiento de sentencias. Estos procesos, posteriores a la existencia de la sentencia deben ser desarrollados con brevedad y sin costos para la víctima, quienes están garantizadas por la tutela efectiva y el derecho a la no revictimización.

Es claro que sólo el cumplimiento integral de la sentencia garantiza los derechos de las víctimas. Veamos el caso Suárez Rosero contra Ecuador, por detención arbitraria. La sentencia no se ha cumplido en su totalidad, pues no se ha investigado a los responsables de las violaciones de derechos. Del mismo modo, para que se ejecute la indemnización desde 1999 cuando se dictó la sentencia de fondo, luego de largos procesos administrativos, se materializó en el 2011.

Otro caso es el de Consuelo Benavides contra Ecuador, por detención arbitraria, tortura y asesinato ejecutado por agentes del Estado. Se ha cumplido en parte con la reparación material, ya que realizó el pago ordenado en favor de los familiares. De igual forma, la reparación inmaterial permitió que se perennizara el nombre de Consuelo Benavides en la ciudad de Cuenca, en una calle que lleva su nombre; en Tulcán, un parque lleva su nombre; y el Ministerio de Educación y Cultura aprobó que lleve su nombre una escuela en la provincia de Los Ríos, todo ello en homenaje a la víctima. Sin embargo, no se ha investigado a los responsables de las violaciones de derechos.[12]

En suma, estos casos ilustran la falta de efectividad de la reparación integral por falta de voluntad del Estado obligado. Además, exponen un problema de fondo como es el tiempo que tarda en ejecutarse una sentencia de derechos humanos, volviendo al tema de la exigencia de plazo razonable en la obligación de cumplir la sentencia.

Finalmente, cabe resaltar que la falta de voluntad del Estado para cumplir las sentencias, así como la imposición de extensos

12 López, Magali. "La tutela judicial efectiva en las sentencias expedidas por la Corte IDH contra Ecuador". Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

procesos administrativos que alargan su ejecución, no son argumentos suficientes para descalificar el uso de la reparación integral como concepto válido para la realización de justicia. Es decir, se requieren de procesos efectivos para evitar el no cumplimiento que produce revictimización y afecta la tutela judicial efectiva.

## 2. El derecho constitucional a la reparación integral

Ya se revisó que el objetivo de la reparación en el contexto internacional resulta aplicable para las graves, intolerables y sistemáticas violaciones a los derechos humanos. En ese sentido, el enfoque internacional se concentra en aplicar este instrumento únicamente cuando ocurran las peores violaciones de derechos.

Así mismo, el derecho al remedio judicial es un estándar del sistema impuesto por el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, existen otros efectos de la reparación para otros tipos de casos como son la protección de los derechos fundamentales que no necesariamente constituyen crímenes de lesa humanidad.

El hecho de que el sistema internacional de los derechos humanos exija que se aplique la reparación frente a las más graves y serias vulneraciones, no significa que este derecho esté limitado por estos casos. Este derecho debe ser entendido como un instrumento efectivo y adecuado para reparar cualquier vulneración de los derechos.

En ese sentido, para poder adecuar el concepto de reparación a derechos constitucionales cabe concentrarse en los términos 'grave' y 'serias' en relación con la naturaleza de las violaciones y no únicamente para las violaciones cometidas a gran escala o con una política sistemática. En ese sentido, abarca el conocimiento de casos individuales de tortura, ejecución extrajudicial, desaparición forzada y también las violaciones relacionadas al tipo de derecho humano que está siendo afectado.[13]

13 Theo von Boven, *op. cit*.

Los términos 'serias y graves vulneraciones de los derechos humanos' matiza el carácter de la violación del acto u omisión, mas no en el contexto que se lleva a cabo. Al respecto, la Corte Penal Internacional, para evitar confusiones con el 'término infracciones graves', que se refiere a vulneraciones atroces (como el genocidio, la tortura, la esclavitud).

Considerando que el derecho internacional de los derechos humanos tiene una dimensión diferente de los derechos reconocidos por las constituciones de los Estados, la reparación tiene matices aplicables en el nivel nacional e internacional, dependiendo de cada caso. Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué es la reparación integral en la constitución ecuatoriana? y ¿cómo está configurada en la constitución de forma similar o diferente de la revisada en el sistema internacional de los derechos humanos?

Para responder estas preguntas, veamos la inclusión del derecho a la reparación en la constitución del Ecuador. En una vista panorámica de la Constitución, nos remitimos al artículo 11, numeral 9 (el más alto deber del estado corresponde en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en nombre de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiente prestación de servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios públicos y empleados y empleadas en el desempeño de sus cargos.), al artículo 57, numeral 3 (como derecho colectivo a favor de los afros, indígenas, montubios se les reconoce el derecho a la reparación y resarcimiento por motivo de racismo, xenofobia, y otras formas de intolerancia y discriminación.), y artículo 78 (las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantiza su no revictimización).

También, se reconoce en la Constitución que se adoptarán medidas de reparación integral, que incluirán sin dilaciones el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. En el artículo 80 de la Constitución constan los presupuestos del derecho internacional de los derechos humanos como

son las acciones de los delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. El artículo 86, numeral 3 sobre garantías jurisdiccionales dispone que el juez resolverá la causa en sentencia, y en caso de constar vulneración de derechos, deberá declararla, ordenando reparación integral, material e inmaterial, y especificar la individualización de las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias como deba cumplirse. La sentencia finalizará con su ejecución integral. El artículo 88 sobre la acción de protección; y el artículo 89 sobre hábeas corpus ante tortura, trato inhumano cruel o degradante, ordenan una reparación integral.

Como podemos observar, existe una amplia recepción del principio de reparación integral en la Constitución que tiene sentido junto al modelo de Estado que incluye el valor justicia que implica la proscripción de la impunidad.[14]

Sin embargo, al particularizar los temas vemos que, en un sentido amplio, la Constitución posee tres aristas generales: La primera, reconoce el principio de forma general difuminándolo en todo el ordenamiento jurídico incluso administrativo y de servicio público en general, incluyendo a quienes concesionan o son prestadores indirectos de servicios públicos. Esta nueva visión de la reparación se separa del instituto proyectado por el sistema internacional de derechos humanos.

La segunda, existe consonancia con los presupuestos previstos por el sistema internacional de derechos humanos, como son los casos de graves violaciones de derechos conforme lo previsto en el artículo 57, numeral 3 ante discriminación o actos intolerantes dirigidos contra los colectivos; en la misma línea está la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y la incorporación de este principio en el hábeas corpus cuando exista tortura o cualquier trato cruel o inhumano.

14 Escudero, Jhoel. "Nuevos saberes en el constitucionalismo ecuatoriano", cita de la Corte Constitucional del Ecuador en el Caso n.º 002-08-CN. Universidad Andina Simón Bolívar, *Revista Foro* (Quito), 12 (2009): 105.

La tercera arista, el reconocimiento de la reparación integral a favor de las víctimas de delitos penales cometidos entre particulares y del Estado contra particulares, lo que cambia totalmente la lógica del derecho penal en general, en cuanto a reparaciones se refiere. Así mismo, encontramos de forma amplia la incorporación de la reparación integral en las garantías jurisdiccionales.

En conclusión, existe un amplio reconocimiento de la reparación integral que va más allá de las vulneraciones graves y serias de derechos conforme a lo establecido en derecho internacional de los derechos humanos. Del mismo modo, aún no existen presupuestos metodológicos para que en las áreas administrativas, políticas y judiciales se permita implementar adecuadamente la reparación.

## 3. Derecho a la reparación en acciones de protección y su complicado desarrollo

El derecho constitucional ecuatoriano se ha preocupado por regular la reparación integral, lo que permite enfocarnos en la acción de protección y sus dificultades. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en los artículos 18 y 19 prevé la reparación material e inmaterial conforme los parámetros generales del sistema internacional de derechos humanos. Es decir, que la reparación está compuesta por la restitución del derecho, la compensación, el reconocimiento del daño y la garantía de no repetición. En sentido sustancial, existe pleno reconocimiento de este derecho y es una realidad normativa que da acceso para que los jueces puedan elaborar sentencias reparadoras.

Sin embargo, de este abordaje general de este derecho se observa que existe la creación de un proceso verbal sumario, posterior a la sentencia de acciones constitucionales para la reparación económica, que dicho sea de paso, afecta la calidad del título ejecutivo de la propia sentencia, además de generar un proceso temporalmente más largo que las propias garantías jurisdiccionales.

Asimismo, carece de un proceso implícito que permita dar seguimiento al estado de la víctima y al cumplimiento de las medidas

de reparación inmaterial;[15] lo que permite afirmar que este papel corresponde a la propia sentencia a través de la motivación. En ese sentido, cabe atender a los siguientes lineamientos generales para la efectividad de este derecho.

En primer lugar, para que tenga sentido la reparación integral constitucionalmente admitida, debe estar ligada al derecho de motivación. Es deber del juzgador justificar razonadamente la aplicación de la reparación integral a fin de que en esta parte la resolución determine proporcionalmente los remedios jurídicos con relación a los derechos afectados y caso por caso.

En segundo lugar, es necesario que en este tipo de sentencias el juez emita órdenes razonadas que eviten ser ilusorias, extremas o caigan en lo absurdo. La exigencia de claridad es imperativa, así como un dominio del sistema constitucional de competencias, para adecuar los mandatos de cumplimiento a las autoridades correspondientes y no a otras.

En tercer lugar, la parte resolutiva de las sentencias no deberían agotarse en la aceptación de la demanda porque no es suficiente para reparar los derechos vulnerados que requieren de órdenes de acción u omisión específicas con identidad de sujetos, tiempo y lugar. Deben ser específicas y claras, así como deben asegurar su ejecución. El hecho de que exista una acción de incumplimiento de sentencias no implica que el juez deje de persistir en el cumplimiento de sus fallos.

De forma general, las sentencias estimativas expedidas en acciones de protección carecen de reparaciones integrales.[16] Pues no

15 Como se señaló *supra*, la reparación integral debe estar constituida de sustancia y proceso, para que sea efectiva.

16 De una revisión general de sentencias de las ciudades de Guayaquil y Cuenca, se puede ver como muestra las siguientes fallos: Sentencias de concesión: Juzgado Quinto de Tránsito del Guayas, 0169-2010 Lam Ton Wan Hua vs. Consejo Nacional de Calidad (Conacal); Juez Quinto de Tránsito del Guayas, causa n.º 061-2010 Navipac vs. SRI; Juez Sexto de Tránsito del Guayas, 015-2009, causa n.º 0292-2009; Juez Primero de Tránsito del Guayas, causa n.º 0338-2009; Juez Sexto de Tránsito del Guayas, causa n.º 222-2010; sentencia de desalojo, Juez Noveno de lo Civil del Guayas, causa n.º 2009-0281; Juzgado Duodécimo de lo Civil del Guayas, causa n.º 09312-2010-0738; Juez Tercero de Garantías de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Guayas, 0733-2010 Mercedes Mariela Mendoza Laaz, Maribeth Consuelo Intriago a favor de Simón Angulo Esterillas y Juan Hidalgo Silva vs. Comisión de Tránsito

existe una motivación suficiente que permita elaborar mandatos específicos que tengan por finalidad restituir, compensar, reconocer o imponer mandatos de no repetición. En su mayoría, las sentencias se agotan en la restitución y son enviadas a otro proceso. Respecto de reparación inmaterial, existen casos aislados en los cuales se ha dispuesto realizar algunas acciones que van más allá de la restitución, pero de todas formas sigue siendo insuficiente. Así, por ejemplo, acción de protección resuelta por el Juzgado Octavo de la Niñez, por derecho a la salud, se trata de una víctima de mala práctica médica que, como consecuencia de una intervención quirúrgica, perdió un brazo y posteriormente su trabajo de camarógrafo. Al respecto, se pueden extraer las siguientes medidas reparatorias: 1) Que se investiguen los hechos; 2) Que se inicien inmediatamente las investigaciones de carácter administrativo a fin de establecer las correspondientes responsabilidades de índole administrativo; 3) Se dispuso que Villasalud Cía. Ltda. publique en uno de los periódicos de mayor circulación de esta ciudad de Quito una disculpa pública; 4) Se ordenó la reparación por el daño material, reconociendo además todos los gastos de tratamientos médicos y procesales en que ha incurrido la víctima. Asimismo, a causa de la deficiente atención médica recibida ha quedado en situación de incapacidad permanente, viéndose afectado ostensiblemente su capacidad para laborar, hecho que ordenó ser compensado. También, hace alusión al daño inmaterial, es decir, a la afectación al proyecto de vida que implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal en forma irreparable o muy difícilmente reparable, razón por la cual ordenó que se realice una compensación a favor de la víctima. En línea contraria, la Corte Provincial de Pichincha revocó el fallo.

del Guayas; Juez Décimo Quinto de lo Civil de Cuenca, 2010-0716, entre Quezada Quezada Víctor Gonzalo vs. IESS; Juzgado Vigésimo de lo Civil de Cuenca, causa n.º 2009-0832 entre Gloria Dominga Durán vs. Dirección Provincial de Salud del Azuay; Juez Cuarto de lo Civil de Cuenca, 01604-2010-0922, acción n.º 2010-0198, libre acceso a la educación, la disciplina no limita el acceso; Juez Primero de Tránsito del Guayas, causa n.º 0125-2010, derecho a un trato digno a los niños, niñas y adolescentes en la educación; Juzgado Segundo de lo Civil de Cuenca, causa n.º 2009-1050, Lucía Teresita Arévalo Guzmán vs. IESS, se negó el seguro de invalidez a personas que requerían atención prioritaria.

En la provincia de Loja, la acción de protección n.º 2009-045, derecho a la educación de un niño con capacidades diferentes. Ante las constantes muestras de discriminación contra la víctima, se declaró nula la libreta de calificaciones del octavo año de educación básica que reprobó sin fundamento al alumno. Así como, se requirió que el Alcalde del cantón Espíndola, en calidad de Presidente de la Junta cantonal de la Niñez y Adolescencia, adopte las medidas de protección en beneficio de todas las niñas, niños y adolescente con discapacidades. También, se requirió de acciones específicas para luchar contra la discriminación en las escuelas, enviando oficios a varias autoridades. Finalmente, se reconoció como daño materia el patrocinio jurídico de la acción.

Entre la generalidad de los fallos sin reparación integral y unos pocos ejemplos de lo contrario, cabe reconocer que no todos los casos requieren de la aplicación de todas las medidas de reparación, como si se trataran de una camisa de fuerza, pues el concepto del remedio judicial se sustenta en el hecho de poder identificar qué medidas son suficientes para considerar que un daño está integralmente restituido.

Por su parte, la motivación, la colaboración de las partes y la pertinencia temporal de la atención del daño contribuyen a entender que su aplicación dependerá de cada caso. Por ejemplo, si se atiende una acción de protección por destitución arbitraria 4 días después del hecho, con la restitución y el reconocimiento de la arbitrariedad por parte de la autoridad; no así con el caso de tortura que requiere medidas materiales e inmateriales para considerar reparado el daño. La inmensa variedad de casos extendidos a lo largo de la realidad judicial requieren un proceso reparativo que haga énfasis en la víctima, pues todo está enfocado en la realización de la justicia remarcada por la reparación integral del daño causado.

## 4. Conclusiones

La reparación integral de fuente del derecho internacional de los derechos humanos, en principio, exige los siguientes supuestos: a) Aplicable ante serias y graves vulneraciones en relación al derecho

humano vulnerado; b) Masivas vulneraciones de derechos; c) Sistemáticas vulneraciones de derechos; c) En casos de vulneraciones individuales como la desaparición forzada, tortura, ejecuciones extrajudiciales o hechos que comporten intolerables vulneraciones a los derechos humanos. Estos campos de acción se han ido ampliando a lo largo del desarrollo de la jurisprudencia, como por ejemplo a la protección de los derechos sociales.[17]

El parámetro de reparación es la restitución encaminada a restablecer la normalidad antes del daño, la compensación que es el reconocimiento del daño, la rehabilitación que consiste en la atención del daño psicológico y físico, y garantía de no repetición.

La reparación como derecho constitucional trae un complejo margen de aplicación en las diferentes materias del derecho ecuatoriano, si bien es cierto que la justicia constitucional ha regulado el derecho con aciertos y desaciertos. Así, por ejemplo, ha creado un extenso proceso para reclamar la reparación material. En la práctica, la generalidad de los casos de acciones de protección de derechos se muestra con deficiencias argumentativas por parte de los jueces, siendo una excepción las sentencias con reparaciones integrales.

Finalmente, el proceso de incorporación de la reparación integral creada por el sistema internacional de derechos humanos e incorporado al derecho constitucional ecuatoriano, corre riesgos como la falta de cumplimiento de los fallos y, en casos de la justicia interna, la no aplicación del instrumento. Pero tampoco no es menos cierto que la reparación integral constituye un desarrollo para un modelo jurídico construido sobre la base del principio de justicia, y es una herramienta efectiva para combatir la impunidad.

17 Centro de Estudios Legales y Sociales. *Litigio estratégico y derechos humanos: la lucha por el derecho*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2008, p. 33.

## 5. Bibliografía

Centro de Estudios Legales y Sociales. *Litigio estratégico y derechos humanos: La lucha por el derecho*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2008.

Comisión Colombiana de Juristas. *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*. Internet. *http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf*.

Decreto n.º 1317, publicado en el Registro Oficial n.º 428, de 18 de septiembre de 2008.

Escudero, Jhoel. "Nuevos saberes en el constitucionalismo ecuatoriano". *Revista Foro* (Quito), 12 Universidad Andina Simón Bolívar (2009).

López, Magali. "La tutela judicial efectiva en las sentencias expedidas por la Corte IDH contra Ecuador". Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Theo van Boven. "Redress implementing victims' rights, a handbook on the basic principles and quidelines on the rights to a remedy and reparation". Internet. *http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf*.

### 5.1. Jurisprudencia y sentencias

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Internet. *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todos los casos contra Ecuador. Internet. *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf*.

Juzgado Cuarto de lo Civil de Cuenca, 01604-2010-0922. Acción n.º 2010-0198, libre acceso a la educación, la disciplina no limita el acceso.

Juzgado Décimo Quinto de lo Civil de Cuenca, 2010-0716, entre Quezada Quezada Víctor Gonzalo vs. IESS.

Juzgado Duodécimo de lo Civil del Guayas, Causa n.º 09312-2010-0738.

Juzgado Noveno de lo Civil del Guayas, Causa n.º 2009-0281.

Juzgado Primero de Tránsito del Guayas, Causa n.º 0125-2010, derecho a un trato digno a los niños, niñas y adolescentes en la educación.

Juzgado Primero de Tránsito del Guayas. Causa n.º 0338-2009.

Juzgado Quinto de Tránsito del Guayas, 0169-2010, Lam Ton Wan Hua vs. Consejo Nacional de Calidad (Conacal).

Juzgado Quinto de Tránsito del Guayas. Causa n.º 061-2010, Navipac vs. SRI.

Juzgado Segundo de lo Civil de Cuenca. Causa n.º 2009-1050, Lucía Teresita Arévalo Guzmán vs. IESS. Se negó el seguro de invalidez a personas que requería atención prioritaria.

Juzgado Sexto de Tránsito del Guayas, 015-2009. Causa n.º 0292-2009.

Juzgado Sexto de Tránsito del Guayas. Causa n.º 222-2010. Sentencia de desalojo.

Juzgado Tercero de Garantías de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Guayas, 0733-2010, Mercedes Mariela Mendoza Laaz, Maribeth Consuelo Intriago a favor de Simón Angulo Esterillas y Juan Hidalgo Silva vs. Comisión de Tránsito del Guayas.

Juzgado Vigésimo de lo Civil de Cuenca. Causa n.º 2009-0832 entre Gloria Dominga Durán vs. Dirección Provincial de Salud del Azuay.

# Capítulo 3

## Control constitucional y aplicación directa de la Constitución

# Consulta de norma: garantía de la tutela judicial efectiva

Pamela Juliana Aguirre Castro*

Sin lugar a duda el tipo de control constitucional, vigente en Ecuador a partir de la Constitución de 2008, es uno de los temas más polémicos y debatidos en el país, pues este ciertamente no es el mismo de aquel plasmado en la Constitución de 1998, convirtiéndose en uno de los mayores particularismos del ordenamiento constitucional ecuatoriano. Y es que la aparente contradicción constitucional entre los principios de supremacía constitucional y aplicación directa, frente a la obligatoriedad de la consulta de norma ha generado arduos debates acerca de si realmente el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, en el cual la Constitución es verdadera norma.

En efecto, el control de constitucionalidad denota el grado de constitucionalización de cada país, pues es a través de este que el ordenamiento jurídico purifica su constitucionalidad y en consecuencia la efectiva vigencia de los derechos. En efecto, el constitucionalismo norma los procedimientos, deberes y garantías para la práctica de la democracia en un Estado, su aspiración se concreta en la práctica y tutela de los derechos constitucionales, razón por la cual es crucial tener presente todas las aristas que el control de constitucionalidad ofrece, específicamente el objeto de este trabajo, la consulta de norma.

* Secretaria Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador, profesora invitada de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Universidad de Especialidades Espíritu Santo y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador. Presea Honorato Vázquez a la mejor egresada, Universidad del Azuay; diploma en Derecho mención Derecho Constitucional, UASB-E; magíster en Derecho mención Derecho Tributario, UASB-E; máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante. Candidata doctoral por la UASB-E.

En este contexto, con la finalidad de ofrecer una visión panorámica de la situación, tanto normativa como sociológica de la consulta de norma, es necesario hacer un recuento respecto de las características principales del control difuso y el concentrado de constitucionalidad, para posterior realizar un análisis comparado de los sistemas de control constitucional que rigen en algunos países de la región y Europa, y culminar con el análisis de la jurisprudencia del máximo órgano de interpretación y control constitucional del país, acerca de la consulta de norma.

## 1. Control difuso y concentrado de constitucionalidad

### 1.1. Control difuso

El sistema de control difuso de constitucionalidad fue implementado por primera vez por el juez Marshall, dentro del caso Madbury vs. Madisson en 1803, pues a partir de este precedente, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos[1] aplicó un control de constitucionalidad de las disposiciones normativas contrarias a la Constitución Federal de los Estados Unidos, reconociendo su competencia para inaplicar y sustraer del ordenamiento jurídico una disposición cuestionada de ser contraria a la Constitución.

En ese sentido, el control difuso de constitucionalidad, permite que cualquier jueza o juez del sistema de justicia de un país pueda conocer, de oficio o a petición de parte, la posible contradicción de una disposición normativa respecto de la Constitución. Para hacerlo, en primer lugar, dicha contradicción debe ser advertida dentro de un proceso judicial concreto, en el cual la aplicación de

1 "En el derecho norteamericano no existen procesos constitucionales específicos que tutelen los derechos fundamentales enunciados por su Carta Magna. La defensa de los derechos en el sistema judicial norteamericano se hace difusamente a través de cualquier proceso judicial, donde una vez detectada la afectación de algún derecho o, lo que es lo mismo, la vulneración de algún precepto constitucional, los justiciables pueden acudir al Tribunal Supremo con el fin de que éste revise la constitucionalidad de la ley o acto que ha dado lugar a la afectación de la Constitución. Por ello, a pesar de no existir procesos constitucionales *ad hoc,* la defensa de los derechos y libertades se haya altamente judicializada, asumiendo en este contexto, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos un rol preponderante." Ver Eto Cruz, Gerardo. "El fallo 'Marbury vs. Madison' y el derecho procesal constitucional". *Tratado de derecho procesal constitucional*, t. I. Ed. Pablo Luis Manili. Buenos Aires, La Ley, 2010 p. 190.

la norma cuestionada debe ser fundamental para la solución de dicho proceso. En segundo lugar, de advertirse una contradicción la disposición normativa acusada de inconstitucional debía *ser inaplicada* en el caso concreto, mas en ningún sentido dicho pronunciamiento puede generar efectos *erga omnes*, es decir, la disposición normativa permanece intacta dentro del ordenamiento jurídico, a pesar de su inaplicación en el caso concreto. No obstante, si dicho proceso llega a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, por medio de cualquier *writ of certiorari*, este organismo si puede, con efectos generales, expulsar la norma, inaplicada en el caso concreto, del ordenamiento jurídico por vicios de inconstitucionalidad.

Es decir, este tipo de control de constitucionalidad tiene como base la posibilidad, en manos de todos los juzgadores del país, de inaplicar una disposición en un proceso judicial en particular, mientras que por excepción, la Corte Suprema de Justicia puede declarar la inconstitucionalidad de una norma dentro de un proceso de su conocimiento. En el primer caso, solo se genera efectos para el caso en análisis —*inter partes*—, y en el segundo caso, los efectos de dicha declaratoria son generales, *erga omnes*.

### 1.2. Control concentrado

El control concentrado de constitucionalidad tiene como elemento primordial la existencia de un órgano especializado en la jurisdicción constitucional. En este ámbito, los Tribunales Constitucionales o las Cortes Constitucionales en su caso, no realizan el control de constitucionalidad de una disposición normativa, a partir del conocimiento de un proceso judicial en el que la aplicación de una norma infraconstitucional genera un conflicto de incompatibilidad con la Constitución, sino que supone la demanda exclusiva del examen de constitucionalidad de una disposición normativa por considerarse que esta contraviene el ordenamiento constitucional.

El proceso seguido ante las jurisdicciones especializadas de justicia constitucional es autónomo y específico, se agota con una

sentencia pronunciada respecto de la validez o inconformidad de una disposición normativa con la Constitución, lo que genera efectos *erga omnes* y generalmente hacia el futuro (*ex nunc*), sin perjuicio de la modulación de los efectos que pueda realizarse con el fin de una efectiva tutela de los derechos constitucionales. De esta manera, el órgano constitucional monopoliza la jurisdicción constitucional y puede hacerlo por medio de un control abstracto de la norma (mediante una demanda de inconstitucionalidad), o mediante la advertencia realizada por un juez en un caso concreto (cuestión de constitucionalidad, incidente de constitucionalidad, consulta de norma).

En ese sentido, el proceso del control concentrado no se dirige a observar si un enunciado normativo promulgado por el legislador puede ser sustituido por otro de mayor jerarquía en un proceso judicial concreto, o inaplicado de ser el caso; sino que el Tribunal o Corte, en su caso, debe establecer si dicha disposición normativa se mantiene en el ordenamiento jurídico, o si debe ser expulsada del mismo por inconformidad con la Constitución, con efectos *erga omnes*.

## 2. Visión comparada

Sistemas jurídicos pertenecientes a la familia de derecho romano germánico, en el continente europeo como España, Alemania e Italia han establecido dentro de su ordenamiento constitucional, un sistema concentrado de control de constitucionalidad, caracterizado por permitir la existencia de un incidente de constitucionalidad respecto de las disposiciones normativas aplicables a un caso concreto, así como también la posibilidad de demandar independientemente, ante el órgano de jurisdicción constitucional, una disposición por considerarla incompatible con la Constitución. Muestra de aquello, tenemos por ejemplo, el artículo 163 de la Constitución española dispone:

> Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa

> el fallo, pueda ser contraria a la Constitución planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

De lo cual se determina, que el sistema de control concentrado de constitucionalidad permite que los órganos judiciales puedan advertir y llamar la atención al órgano especializado de la jurisdicción constitucional para que a su vez este analice si una disposición normativa deviene en inconstitucional. Así, España ha establecido dentro su jurisdicción constitucional la 'cuestión de constitucionalidad' que además de cumplir con lo antes expuesto, es decir, unificar el ordenamiento jurídico del Estado, permea la actuación judicial respecto de la inaplicación normativa, pues, si bien no limita la interpretación constitucional de las disposiciones normativas infraconstitucionales de acuerdo con los principios constitucionales obligación en cabeza de todos los jueces; no viabiliza la inaplicación de normas, cuando sobre estas se argumente contradicción constitucional; al contrario promueve la coordinación entre la justicia ordinaria y constitucional en cumplimiento del principio de supremacía constitucional, para que sea el Tribunal Constitucional el que "en ejercicio de su monopolio de rechazo de la ley, pueda enjuiciar su constitucionalidad".[2]

De esta manera, la posibilidad de presentar la cuestión de constitucionalidad recae directamente en las juezas y jueces en cumplimiento de su función jurisdiccional, ya que pueden hacerlo únicamente de manera incidental dentro de un proceso judicial. En otras palabras, la 'cuestión de constitucionalidad' supone dos procesos, el primero aquel propuesto ante una jueza o juez en su judicatura, en el que se evidencia la duda de si un enunciado normativo, necesariamente aplicable al proceso de su conocimiento, genera vicios de inconstitucionalidad, ante el cual, la jueza o juez debe consultar dicha cuestión al Tribunal Constitucional para que este lo resuelva. En este punto, se inicia un nuevo proceso

2 Pérez Tremps, Pablo. *La cuestión de constitucionalidad en el derecho español*. Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales, 2006, pp. 127-148.

autónomo y específico, para identificar si el enunciado normativo 'cuestionado' resulta realmente inconstitucional y de ser tal, bajo la interpretación del máximo órgano de control constitucional, sea expulsado del ordenamiento jurídico. En efecto:

> El juez ordinario que suscita la cuestión lo hace porque, en un proceso del que conoce, le surge la duda de constitucionalidad (proceso ordinario o proceso *a quo*). Por otro lado, el planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional desencadena la apertura de otro proceso, el proceso *ad quem*, que es el auténtico proceso constitucional, cuyo objeto consiste sólo y exclusivamente en determinar si la regla cuestionada es o no contraria a la Constitución.[3]

De lo expuesto, podemos extraer entonces que la 'cuestión de constitucionalidad' comporta un mecanismo de participación de las juezas y jueces de la función judicial dentro del control concentrado de constitucionalidad propuesto por la Constitución española, en la que los órganos judiciales no pueden más que advertir sobre una regla, necesariamente aplicable a un caso concreto, que presuntamente es incompatible con la Constitución. Caso en el cual deben informar sobre dicha inconformidad constitucional al Tribunal Constitucional, para que este se pronuncie respecto a su constitucionalidad. Proceder que ha generado la denominación que en doctrina se conoce como 'control concreto de constitucionalidad', ya que es un caso concreto el que da origen al control del órgano especializado de justicia constitucional. En esta línea, el Tribunal Constitucional español ha señalado que la 'cuestión de constitucionalidad' debe ser entendida "como un mecanismo de depuración del ordenamiento jurídico, a fin de evitar que la aplicación judicial de una norma con rango de ley produzca resoluciones judiciales contrarias a la Constitución."[4]

En nuestra región, procesos similares se han generado en distintos países. Por ejemplo, en Panamá, el artículo 206, numeral 1 de la Constitución de la República determina que cuando un funcionario

3 *Ibíd.*, p. 130.

4 Tribunal Constitucional de España. Proceso STC 127/1987, citado por Pablo Pérez Tremps, *op. cit.*, p. 129.

público encargado de administrar justicia advierte, o es advertido, que una disposición normativa o parte de ella es incompatible con la Constitución, debe someter la cuestión al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, para que esta decida si dicha norma es constitucional, con lo cual se erige un sistema de control concentrado de constitucionalidad, así:

> Lo más que el funcionario o la parte interesada pueden hacer es manifestar y sustentar su opinión sobre la inconstitucionalidad de una norma que se va a aplicar en un proceso. Y es que en Panamá sólo la Corte Suprema de Justicia tiene la competencia de advertir y declarar la inconstitucionalidad de cualquier acto jurídico emitido por autoridad pública.[5]

A nivel latinoamericano, en el caso de Perú y Colombia, el sistema de control de constitucionalidad varía respecto al presentado en España y Panamá. En el primer caso, Perú ha optado por aplicar tanto un concepto del judicial review, como también un control concentrado de constitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional, con lo cual se presenta un proceso de control mixto y paralelo en términos del profesor García Belaunde. En efecto, el artículo 138 de la Constitución de Perú establece que de existir una incompatibilidad entre una disposición normativa y la Constitución, los jueces deben aplicar directamente la Constitución.

En esta línea el Tribunal Constitucional peruano, dentro del expediente 03741-2004-AA, dispuso que las autoridades administrativas no solo tienen el deber de hacer cumplir la Constitución de la República, sino que además tienen la obligación de realizar "el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional [...]".[6] Con lo cual, el Tribunal Constitucional de Perú no solo reconoce la facultad de las juezas y jueces a inaplicar

5 Corte Suprema de Justicia de Panamá. Internet. *http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/cendojfields/fallos-de-interes/*. Acceso: 8 julio 2013.

6 Tribunal Constitucional del Perú. Internet. *http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.html*. Acceso: 8 julio 2013.

una disposición normativa contraria a la Constitución en un procedimiento judicial, sino que esta facultad se extiende a toda autoridad administrativa y no solo jurisdiccional.

En el caso colombiano, el artículo 4 de la Constitución de la República dispone que en caso de incompatibilidad de una disposición normativa con la Constitución se deberá aplicar la Constitución. Lo que significa que las juezas y jueces constitucionales tienen la facultad de inaplicar cualquier norma que estimen inconstitucional dentro de un caso concreto, pero no pueden en caso alguno declarar su inexequibilidad, expulsión del ordenamiento jurídico —inconstitucionalidad—, pues esta competencia radica exclusivamente en la Corte Constitucional colombiana. Así, el máximo órgano de control constitucional colombiano ha determinado en aplicación del artículo 4, que el sistema de control de constitucionalidad colombiano "sea calificado por la doctrina como un sistema mixto, ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad, por medio del cual cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución".[7]

Dentro del mismo pronunciamiento, la Corte Constitucional observó que el control difuso de constitucionalidad aplicado en Colombia permite que la *excepción de inconstitucionalidad* pueda ser solicitada por cualquier jueza, juez, autoridad administrativa o incluso particulares que en la aplicación de una disposición normativa en un caso concreto duden de su constitucionalidad. Finalmente, señaló que la norma inaplicada en un caso concreto no desaparece del sistema jurídico, sino que continúa vigente, pues los efectos de la excepción son *inter partes* y no se considera de manera general contraria a la Constitución.

De lo señalado, se concluye que en el caso colombiano, al igual que el peruano, el sistema de control de constitucionalidad es mixto, ya que aplica tanto el control concentrado en manos de la

7 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-122-11, Bogotá, 1 marzo 2011. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional, y el control difuso, que se extiende no solo a las juezas y jueces sino también a toda autoridad que deba en un caso concreto aplicar una disposición normativa que considere que es contraria a la Constitución, siempre con efectos *inter partes*, figura de inaplicación. Lo cual no ocurre en Panamá y España, ordenamientos jurídicos en los que rige un control concentrado de constitucionalidad.

## 3. Control de constitucionalidad en Ecuador a partir de la Constitución de 2008

De lo expuesto en líneas anteriores, se observa que el artículo 428[8] de la Constitución de la República del Ecuador recoge el sistema de control concentrado de constitucionalidad de modelo europeo, básicamente el español, ya que establece que las juezas y jueces, en caso de considerar, advertir o dudar sobre la constitucionalidad de una disposición normativa aplicable a un caso concreto deben consultar sobre la constitucionalidad de la prescripción normativa a la Corte Constitucional, para que sea este organismo el que se pronuncie respecto a la supuesta contradicción entre este y la Constitución, interpretación que encuentra plena concordancia con lo previsto en los artículos 429 y 436, numerales 1, 2, 3 y 4 de la norma suprema.

Así, los juzgadores que en el conocimiento de un caso concreto consideren[9] que una norma contradice mandatos constitucionales, deben suspender el proceso jurisdiccional, bajo los parámetros establecidos en la Constitución de la República, es decir,

8 "Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente".

9 En *www.rae.es*: "considerar. (Del lat. *considerāre*).1. tr. Pensar, meditar, reflexionar algo con atención y cuidado. 2. tr. Tratar a alguien con urbanidad o respeto. 3. tr. Juzgar, estimar. U. t. c. prnl."

explicitar de manera motivada, con una justificación clara que no existe posibilidad de recurrir a una interpretación conforme del enunciado normativo a la luz de lo dispuesto en la Constitución, razón por la cual no puede ser aplicado, y en tal virtud debería ser expulsado por inconstitucional por el órgano con competencia para aquello.

Al igual que el caso español, el artículo 428 de la Constitución de la República debe ser leído de manera integral con los principios y demás reglas contenidas en la Constitución. Motivo por el cual, debe preceder a la consulta de norma realizada por los juzgadores, una tarea hermenéutica constitucional integral y sistemática que permita establecer, que tras un proceso de argumentación jurídica basto y extenso, no se ha logrado establecer un mecanismo de aplicación de dicho enunciado normativo conforme a los mandatos constitucionales.

De lo que se colige que las juezas y jueces tienen la obligación constitucional de verificar si una norma aplicable a un caso concreto tiene vicios de inconstitucional, ante lo cual, deben justificar razonada y suficientemente que ninguna interpretación posible de dicha norma cumple con principios y reglas constitucionales, razón por la cual, suspende la tramitación de la causa y consulta a la Corte Constitucional, con el objeto de que se pronuncie sobre la incompatibilidad alegada, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 429 de la Constitución de la República, que reconoce a la Corte Constitucional como máximo órgano de control constitucional.

La obligación de motivar la consulta de norma realizada por los juzgadores a la Corte Constitucional, responde a garantizar el acceso a un recurso judicial efectivo, imparcial y expedito, ya que la suspensión de un proceso en cualquier instancia implica de manera inmediata una limitación al acceso a la justicia, el cual se ve garantizado por medio de la motivación de las razones, por las cuales la aplicación de una determinada disposición normativa en un proceso concreto, podría vulnerar otros tantos derechos constitucionales, afectando de manera grave los derechos de las partes procesales.

En efecto, la regla contenida en el artículo 428 de la Constitución establece expresamente que los jueces cuando consideren que una norma es contraria a la Constitución deben remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional; por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional incorpora en el artículo 142, para la procedencia de la consulta, el requisito de la *duda razonable y motivada*, circunstancia que podría generar la interpretación de que en los casos en los que los juzgadores tengan certeza acerca de la inconstitucionalidad de la norma podrían inaplicarla para el caso concreto, lo cual se encontraría en concordancia con uno de los principales efectos del Estado constitucional de derechos como es el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y, por tanto, de su aplicación directa (artículos 11, numerales 3 y 9; 424; 425; 426), problema hermenéutico harto polémico, que lo solventó la jurisprudencia de la Corte Constitucional para el Período de Transición, conforme lo analizaremos más adelante.

Otro tema polémico del control de constitucionalidad en la normativa constitucional, que no debemos dejar de mencionar, es el relacionado con la disposición derogatoria constitucional, que determina: "Se **deroga** la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y **toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución**" (énfasis añadido). Mandato constitucional que se lo ha vinculado interpretativamente con la figura de la inconstitucionalidad sobrevenida, es decir, cuando la aplicación de una disposición normativa promulgada al amparo de un texto constitucional deviene en inconstitucional después de una modificación introducida en el texto constitucional o la promulgación de una nueva Carta suprema.

En efecto, la aplicación de una disposición normativa, durante la vigencia de la Constitución bajo cuyo amparo nació, resulta incuestionable constitucionalmente. Sin embargo, al introducirse la modificación constitucional o a partir de la vigencia de la nueva Constitución, la aplicación de la disposición normativa

preconstitucional es inconciliable con el nuevo texto constitucional. Surge entonces el cuestionamiento de si ¿la disposición normativa preconstitucional resulta derogada tácitamente por la nueva Constitución? o, por el contrario, ¿la disposición normativa no resulta derogada tácitamente, por lo que las juezas y jueces que consideren que esta contradice la Constitución deben consultar a la Corte?

Sin lugar a duda, este tema tiene importancia práctica en países como el nuestro, en el que la Constitución es de reciente data, toda vez que si optamos por la primera solución, serán los juzgadores quienes considerando derogada la disposición normativa, deberán resolver el asunto sometido a su conocimiento, prescindiendo de la disposición normativa preconstitucional, que consideran derogada tácitamente a partir de la vigencia del nuevo texto constitucional, es decir, se genera un efecto de inaplicabilidad, que abre paso al denominado control difuso de constitucionalidad. En tanto que, si se sigue la segunda opción, para que dicha norma legal deje de ser aplicada por los juzgadores, será necesario, suspender la tramitación de la causa y elevar en consulta la disposición normativa preconstitucional para que sea la Corte Constitucional la que solucione la presunta inconstitucionalidad; elección que guarda lógica y coherencia con la vigencia de las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 428, 429 y 436, numeral 1.

## 4. Jurisprudencia constitucional importante acerca de la consulta de norma

Ante la *aparente* contradicción de interpretaciones posibles acerca de la existencia o no del control difuso en Ecuador y en consecuencia la inaplicación de disposiciones normativas, la Corte Constitucional para el Período de Transición en la Sentencia n.º 55-10-SEP-CC,[10] por medio de un lenguaje imperativo, al argumentar en el voto de mayoría acerca del problema jurídico:

10 Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Sentencia n.º 055-10-SEP, Caso n.º 0213-10-EP.

"¿Puede un juez constitucional declarar a través de la acción de protección la inaplicabilidad de un acto administrativo con efectos particulares? ¿Y la inaplicabilidad de un acto normativo con efectos generales? La importancia del principio de interpretación sistemática de la Constitución y el derecho a la seguridad jurídica en la activación y sustanciación de las garantías jurisdiccionales y normativas que reconoce la Constitución de la República vigente", resolvió lo que marcaría la línea jurisprudencial que ha guiado la actuación de la Corte Constitucional para el Período de Transición y de la primera Corte Constitucional, en el siguiente sentido:

> La regla constitucional es clara. En el evento de que los señores Jueces de la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha hayan constatado una eventual contradicción de la norma respecto a la Constitución, debieron suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional En cuanto a la disposición derogatoria reconocida en la Constitución de la República, queda claro también que para que una norma del ordenamiento jurídico sea contraria a la Constitución, deberá ser declarada como tal por parte de la Corte Constitucional.
>
> En definitiva, esta Corte deja en claro que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428 de la Constitución de la República vigente, y a diferencia del control constitucional difuso previsto en la Constitución Política de 1998, **los jueces están vedados para inaplicar normas jurídicas y continuar con la sustanciación de la causa**, circunstancia que se ha generado en el caso *sub judice*. Finalmente, a partir de la disposición constitucional citada, es evidente también que no existe la posibilidad de que un juez efectúe en la sustanciación de una causa, un control constitucional respecto a actos administrativos con efectos particulares e individuales por no encontrar sustento constitucional. (Énfasis añadido.)

Es decir, la Corte Constitucional mediante el que será el precedente fundacional en la materia ratificó la regla establecida en el artículo 428 de la Constitución, por la cual los juzgadores están obligados siempre, en caso que consideren, duden o exista certeza

que una disposición normativa es contraria a la Constitución, de suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta a la Corte Constitucional. Con lo cual, quedó clarificado que los jueces están imposibilitados, *vedados* de inaplicar disposiciones normativas que las consideren contrarias a la Constitución.

Criterio que, como se mencionó en líneas anteriores, fue ratificado por la primera Corte Constitucional en la sentencia hito n.º 001-13-SCN-CC, caso n.º 0535-12-CN,[11] que determinó como una de las reglas que guían el trámite de la consulta de norma que:

> Las juezas y jueces, en aplicación del artículo 428 de la Constitución de la República y 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que consideren que una norma es contraria a la Constitución, deberán suspender la causa y remitir en consulta a la Corte Constitucional el expediente del proceso que contenga la disposición normativa presuntamente contraria a la Constitución.

Criterio ante el cual parecería que la Corte Constitucional se decantó por la regla constitucional en demérito de los principios de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución, sin embargo, parafraseando a Prieto Sanchís, la constitucionalización del ordenamiento jurídico no es una cualidad de todo o nada, algo que se tiene o no se tiene en absoluto, sino que se configura como un proceso que admite grados o intensidades.[12] Es decir, estos principios deben procurarse en la mayor medida de lo posible en armonía con otros tantos principios del mismo rango constitucional como lo es el *pro legislatore*, conservación del derecho.

En este contexto, la regla analizada no proscribe la interpretación constitucional por parte de las juezas y jueces, pues la Constitución es una verdadera norma, vinculante, capaz de producir efectos, lo que es más, es el norte que guía toda la actividad hermenéutica

11 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 001-13-SCN-CC, Caso n.º 535-12-CN, Gaceta Constitucional n.º 001, de 13 febrero 2013.

12 Prieto Sanchís, Luis. *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid, Trotta, 2011, p. 49.

que se realiza en cualquier nivel; mas si determina que el intérprete jurídico final, que genera efectos vinculantes para todos, es la Corte Constitucional. Y es que solo a este organismo le corresponde expulsar la norma con efectos *erga omnes*, lo cual asegura a todas las personas la efectiva vigencia de los derechos a la igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica.

En efecto, si una disposición normativa es inaplicada en un caso por un juez y aplicada por otro juez, sin existir certeza de su compatibilidad con la Constitución, estos derechos son sistemáticamente vulnerados, lo que deviene en incertidumbre en la administración de justicia. Si bien es cierto, bajo el esquema constitucional de 1998, cuando un juez inaplicaba una disposición normativa tenía la obligación de realizar un informe para que lo conozca el Tribunal Constitucional y este a su vez se pronuncie con efectos generales sobre la inconstitucionalidad alegada, no obstante, el actual sistema de control constitucional no ofrece esta posibilidad, dado que no se ha previsto la competencia constitucional a los juzgadores de inaplicar las disposiciones normativas.

Adicional a aquello, la interpretación realizada por la Corte Constitucional para el Período de Transición y ratificada por la primera Corte Constitucional guarda coherencia con el carácter abierto de la Constitución pues esta "carece del carácter cerrado y concluyente que suelen tener las leyes; es verdad que dice muchas cosas, que sus preceptos se proyectan sobre amplísimas áreas de relación jurídica, pero no es menos cierto que habla con muchas voces".[13] Es decir, al existir múltiples intérpretes, que pueden generar diversas contradicciones, se erige una interpretación jurídica final por medio de un solo órgano capaz de expulsar la norma con efectos generales, con lo cual, la regla contenida en el artículo 428 de la Constitución, no exime a los juzgadores de su obligación de confrontar siempre la validez (materialidad) de las disposiciones normativas con la Constitución, toda vez que sus decisiones necesariamente siempre están condicionadas por la Constitución.

13 *Ibíd.*, p. 54.

Como bien lo señala Francisco Zúñiga Urbina:

> El Tribunal Constitucional es el órgano más idóneo por su status para conocer y resolver los conflictos constitucionales. Con ello afirmamos prospectivamente habrá una 'idea de Constitución', del punto de vista hermenéutico que se impondrá lentamente en la Judicatura y en los operadores del derecho. Asimismo, el control concreto de constitucionalidad sitúa al Tribunal Constitucional en una posición de preeminencia sobre los tribunales de la nación, sea por su jurisprudencia y doctrina jurisprudencial que conlleva una decisión de inaplicación con alcance y relevancia para la gestión en que se plantea de preceptos legales; sea además por que el Tribunal está llamado por esta vía indirecta a dar tutela extraordinaria a derechos fundamentales, cuando los 'preceptos legales' se opongan a la parte dogmática de la Constitución.[14]

Con respecto a la *duda razonable y motivada*, requisito que establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para presentar la consulta, la Corte Constitucional también se pronunció al respecto, creando precedente de cómo debe ser interpretado con la finalidad de garantizar los derechos constitucionales de las partes procesales, en especial la tutela judicial efectiva. Así determinó:

Dado que la incorporación de la 'duda razonable y motivada' como requisito del artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no ha brindado mayor certeza respecto al alcance, es obligación de esta Corte dotar de contenido a este requisito legal para así garantizar su adecuada comprensión y evitar dilaciones innecesarias de justicia ante consultas de norma que no cumplen con los requisitos legales y constitucionales. De este modo, para que una consulta de norma dentro del control concreto de constitucionalidad pueda considerarse adecuadamente motivada, deberá contener al menos los siguientes presupuestos:

14 Zúñiga Urbina, Francisco. "La cuestión de inaplicabilidad. Los jueces entre legalidad y constitucionalidad". *Tratado de derecho procesal constitucional*. Ed. Pablo Luis Manili. Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 424 y 425.

1. Identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta: Las juezas y jueces tienen la obligación de remitir en consulta a la Corte Constitucional la disposición normativa aplicable a un caso concreto que consideren inconstitucional; por lo que los jueces deben identificar con claridad absoluta cuáles son los preceptos normativos que consideran inconstitucionales, ya que solo sobre ellos la Corte Constitucional podrá ejercer un control de constitucionalidad. Bajo esta consideración no caben consultas propuestas sobre interpretaciones infraconstitucionales, que no denoten un problema de relevancia constitucional.

2. Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos: La tarea de las juezas y jueces, al momento de elevar en consulta a la Corte Constitucional, no se reduce a la identificación del precepto normativo supuestamente contrario a la Constitución, sino que además deben identificar qué principios o reglas constitucionales se presumen infringidos por la aplicación de dicho enunciado normativo.
   El deber de motivación, contenido en el artículo 76, numeral 7 letra l de la Constitución de la República, obliga a que todos los poderes públicos y sus operadores a motivar sus decisiones, lo cual no sólo conlleva a la exposición de las disposiciones normativas aplicables al proceso, sino que además a exponer las circunstancias y razones por las cuales dichos enunciados son determinantes en el proceso. De esta manera, las juezas y jueces deben establecer la forma, circunstancia y justificación por las cuales dichos enunciados contradicen la Constitución.

3. Explicación y fundamentación de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto de la decisión de un caso concreto: El juez debe detallar y describir, de manera pormenorizada y sistemática, las razones por las cuales el precepto normativo

> es indispensable para la toma de decisión de un proceso judicial, lo cual no sólo implica identificar el enunciado normativo que presuntamente debe ser aplicado al proceso, sino que también conlleva a la determinación de cómo la interpretación de la norma es imprescindible para la toma de decisión, en consideración a la naturaleza misma del proceso y momento procesal en que se presenta dicha consulta. Esto supone que las juezas y jueces no pueden elevar una consulta de constitucionalidad tan pronto sea presentada una demanda, sino sustanciar dicho proceso hasta que la aplicación de una disposición normativa dudosa de su constitucionalidad, sea absolutamente necesaria para continuar con el proceso, o para decidir la cuestión.[15]

En este orden de ideas, la Corte Constitucional señaló que la duda razonable debe surgir de la imposibilidad de establecer dentro de la sustanciación de proceso una interpretación constitucional de la disposición normativa, es decir, cuando el juez, en razón de los efectos de irradiación de la Constitución, no ha logrado adaptar la disposición normativa a los principios y reglas constitucionales. Esta interpretación encuentra sustento constitucional, precisamente, en la aplicación directa de la Constitución, supremacía constitucional, la fuerza normativa de la Constitución y la obligación de motivar todas las resoluciones de los poderes públicos, como verdadero derecho constitucional de los usuarios del sistema de administración de justicia, asegurando que los juzgadores no suspendan la tramitación de sus causas sin que exista una razón de relevancia constitucional de por medio.

En consecuencia, "[h]ay que destacar que el empleo de la consulta normativa debe ser un ejercicio minucioso del operador de justicia que solicita el pronunciamiento de la Corte Constitucional, evitando evadir la sustanciación de una causa o dilatar una decisión judicial",[16]

15 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 001-13-SCN-CC, Caso n.º 0535-12-CN, Gaceta Constitucional n.º 001, de 13 febrero 2013.

16 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 031-13-SCN-CC, Caso n.º 0020-09-CN.

razonamiento que se ha resaltado en varios pronunciamientos señalando que:

> […] la consulta de constitucionalidad no puede tornarse en un mecanismo de dilación de justicia y vía de escape de las juezas y jueces del país. Bajo esta consideración, la consulta debería proceder única y exclusivamente cuando existe una motivación razonada de por qué acude a la consulta, pues, un proceder contrario deviene en jueces pasivos, no comprometidos con la protección de derechos, ya que estos se desatienden de la resolución de la causa sin un legítimo motivo constitucional.[17]

Con lo cual se evidencia que la consulta de norma procede, única y exclusivamente, cuando existe una motivación razonada de por qué el juzgador acude a la consulta y la inoperancia de ninguna interpretación constitucional de la disposición normativa, pues, un proceder contrario genera una sistemática vulneración a los derechos constitucionales como ya se ha mencionado. En tal virtud, se determinó también, a través de las reglas interpretativas jurisprudenciales de la Sentencia n.º 001-13-SCN-CC, que la consulta de norma pasa por un filtro de admisión,[18] para determinar en primera providencia, si la consulta contiene los elementos formales básicos para proceder al examen de fondo, confrontación de materialidad de la disposición normativa.

En efecto, del análisis sociológico realizado de las sentencias cargadas en la página web de la Corte Constitucional del Ecuador,[19] entre el período de 6 de febrero y 30 de junio de 2013, de 35 sentencias, en 30 de ellas se establece que las consultas planteadas por los juzgadores no cumplen los parámetros formales mínimos

17 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 0036-13-SCN-CC, Caso n.º 0047-11-CN; Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 0030-13-SCN-CC, Caso n.º 0697-12-CN.

18 "Las consultas de norma efectuadas dentro del control concreto de constitucionalidad, propuestas ante la Corte Constitucional, serán conocidas por la Sala de Admisión, la cual deberá verificar el cumplimiento de los requisitos expuestos en el punto 2 de la presente sentencia. La Sala se pronunciará en el marco de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional."

19 Corte Constitucional del Ecuador. Internet. *http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php*. Acceso: 8 julio 2013.

que le permitan a la Corte Constitucional pronunciarse sobre la materialidad de las disposiciones normativas consultadas, y tan solo en cinco[20] de ellas, la Corte pudo realizar el examen de constitucionalidad propiamente dicho. Muestreo que justifica la imposición de las reglas interpretativas dadas en la sentencia hito n.º 001-13-SCN-CC, de 6 de febrero de 2013, toda vez que los juzgadores no han utilizado correctamente esta garantía constitucional.

Como se evidencia de la lectura del contenido otorgado por la Corte Constitucional a *duda razonable y motivada*, plasmado en requisitos formales que determinan la admisibilidad de la consulta de norma, estos se encuentran justificados racional y fácticamente. En efecto, en primer lugar, la consulta de norma procede frente a la duda o certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, más no los que se deriven de problemas de antinomias infraconstitucionales, validez de diligencias, anomias legales, entre otros. Aquello obedece a respetar el ámbito de interpretación que corresponde a los juzgadores que conocen de los procesos en su ámbito jurisdiccional y competencial, y de la labor de control de constitucionalidad que corresponde realizar a la Corte Constitucional.

En segundo lugar, la consulta pasa al examen de constitucionalidad de fondo cuando se presenten argumentos relacionados con la contradicción de la prescripción normativa con la Constitución. En efecto, no basta la mera enunciación de preceptos constitucionales que eventualmente podrían ser afectados, pues aquello no evidencia la labor de administrar justicia en términos constitucionales de los juzgadores, que deben realizar la labor hermenéutica integral y sistemática, lo que podría devenir en la vía de escape para no cumplir con su obligación constitucional, o de los litigantes para dilatar los procesos injustificadamente contraviniendo principios procesales como el de la buena fe procesal y lealtad de las partes.

20 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 001-13-SCN-CC, Caso n.º 0535-12-CN; Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 008-13-SCN-CC, Caso n.º 0033-09-CN y acumulados; Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 026-13-SCN-CC, Caso n.º 0187-12-CN; Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 030-13-SCN-CC, Caso n.º 0697-12-CN; Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 034-13-SCN-CC, Caso n.º 0561-12-CN.

Como ya observa, los argumentos para suspender la tramitación de un proceso deben ser constitucionalmente relevantes, para lo cual el juzgador deberá razonar suficientemente sobre dicha incompatibilidad. Se deberá entonces, justificar que no ha sido posible encontrar una interpretación constitucional del precepto normativo que le permita continuar con la sustanciación de la causa y que, por lo tanto, para asegurar la efectiva vigencia de los derechos constitucionales de las partes tiene que suspender la tramitación de la causa. El requerimiento de motivación de la Corte Constitucional, contenido en las reglas interpretativas de la sentencia hito n.º 001-13-SCN-CC, a los juzgadores que consulten acerca de la compatibilidad de una disposición normativa con la Constitución, lejos de sacrificar la justicia por supuestas meras formalidades asegura que el sistema de administración de justicia sea efectivamente un medio de realización de esta. Y es que la obligación de motivar, la Corte no la impuso a cualquier persona en el ejercicio de una garantía jurisdiccional de los derechos, sino a juezas y jueces doctos en derecho que lo conocen y manejan diariamente.

Ahora bien, la regla constitucional contenida en el artículo 428 de la Constitución establece que la consulta de norma también puede ser solicita por cualquier parte procesal dentro de la sustanciación de la causa, lo cual no exime a los juzgadores a verificar si dicha solicitud encuentra sustento y relevancia constitucional para suspender la tramitación de la causa y elevar en consulta a la Corte Constitucional, pues son los juzgadores quienes dentro del respeto de los derechos constitucionales conducen el proceso, toda vez que si la petición de consulta de norma no encuentra sustento, al igual que una prueba carente de pertinencia, puede ser negada.

Finalmente, la norma cuya constitucionalidad se consulta debe ser relevante y pertinente al caso que se encuentra conociendo el juzgador. En efecto, la consulta de la norma no es de cualquier precepto normativo, sino de aquel que necesariamente debe ser aplicado al caso concreto, y que en razón de aquello, si es inconstitucional su aplicación vulneraría derechos constitucionales de las partes, razón por la cual, los juzgadores antes de cometer la

potencial contravención constitucional, de aplicar una disposición normativa cuya constitucionalidad es dudosa, suspenden la tramitación de la causa y consultan a la Corte Constitucional.

Caso contrario, si la norma consultada no va a ser interpretada, ni aplicada en la tramitación y/o resolución de la causa por parte de juzgador, la consulta de norma a más de convertirse en una vía de denegación de justicia, corre el riesgo de reemplazar a la vía de acción pública de inconstitucionalidad con la agravante de la suspensión de un proceso judicial. De ahí que con acierto la Corte haya señalado que no hay justificación para la suspensión de un proceso por una disposición normativa que no resulte relevante y trascendental para su resolución.

Con respecto a este punto la Corte Constitucional, siguiendo la misma línea jurisprudencial, al resolver el problema jurídico "El señor juez cuarto de Trabajo de Guayas ¿incumplió con su obligación de suspender la causa y remitir el expediente en consulta, una vez que consideró que las normas eran contrarias a la Constitución?", en la Sentencia n.º 0034-13-SCN,[21] expresamente argumentó:

> […] La omisión de la obligación de suspender la causa y remitirla a la Corte Constitucional constante en el artículo 428 de la Constitución, reafirmada por el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como los pronunciamientos de la Corte emitidos en casos análogos, por medio de la inaplicación del precepto, no solo constituye una mera inobservancia sin consecuencias jurídicas, sino una actuación contraria a la misma Constitución y configura un incumplimiento a criterios emitidos por la Corte Constitucional.

Razonamiento que llevó a este organismo a adoptar en la parte resolutiva de esta sentencia la siguiente regla jurisprudencial:

> Esta Corte determina que el juez consultante en el presente caso ha tenido una actuación contraria a la obligación contenida

21 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 034-13-SCN, Caso n.º 561-12-CN.

> en el artículo 428 de la Constitución, en concordancia con el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y en aplicación de la atribución para expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante, prevista en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República, advierte a las juezas y jueces que de proceder en contrario a la obligación de suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta a la Corte Constitucional, ante la presencia de una duda razonable y motivada respecto de su conformidad con la Constitución, configura lo que determinan los artículos 86 numeral 4 de la Constitución, 164 numeral 4 y 165 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Es decir, la consulta precede a la aplicación de la norma que se considera contraviene la Constitución pues, caso contrario, la consulta de norma pierde su objetivo, el cual es que precisamente los juzgadores cuenten con el criterio jurídico final de la incompatibilidad o no de la norma consultada para poderla aplicar o ya no contar con ella, asegurando la vigencia de los derechos a la igualdad y seguridad jurídica. No obstante, en este punto vale señalar lo dispuesto en el inciso final del artículo 428 de la Constitución, y es que si "transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente", es decir, si en 45 días la Corte no se pronuncia sobre la contradicción alegada el juzgador deberá continuar con la sustanciación de la causa, razón por la cual es indispensable que la Corte Constitucional respete los términos establecidos en la Constitución e impida que se apliquen disposiciones normativas de dudosa constitucionalidad.

## 5. Reflexiones finales

A partir de lo expuesto, se puede concluir que en nuestro ordenamiento jurídico existe un sistema de control concentrado de constitucionalidad, pues si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución, estos deben consultar acerca de su constitucionalidad a la Corte Constitucional, para que sea este

organismo el que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad alegada, en los términos expuestos, en los artículos 428 de la Constitución de la República y 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Con este razonamiento, la Corte Constitucional para el Período de Transición, mediante sentencia hito n.º 055-10-SEP, fundó la línea jurisprudencial, y por tanto marcó el precedente acerca de la imposibilidad de las juezas y jueces de inaplicar preceptos normativos que se consideren contrarios a la Constitución.

La *duda razonable y motivada*, requisito contenido en el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no puede ser entendido de manera independiente al concepto motivación en observancia del derecho constitucional al debido proceso. Es decir, los juzgadores suspenderán la tramitación de las causas única y exclusivamente cuando luego de un ejercicio hermenéutico integral y sistemático de la Constitución no han logrado establecer una interpretación constitucional del precepto normativo. Razones que deberán estar explicitadas en la consulta que realicen las juezas y jueces a la Corte Constitucional para que esta pueda ser admitida a trámite.

Se evidencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que del resultado de un ejercicio hermenéutico teleológico de la Constitución, este organismo proyectó los requisitos para la presentación y el trámite que deberá ser observado en la sustanciación de la consulta de norma por parte de la Corte Constitucional, con la finalidad de que solo aquellas que realmente denoten un problema de relevancia constitucional pasen a un examen material, asegurando, de este modo, a todos los usuarios del sistema de administración de justicia una verdadera tutela judicial efectiva. Actualmente, en virtud de la regla interpretativa de la Corte Constitucional que dispuso el examen de admisión para la consulta de norma, se sustanciarán únicamente aquellas en las que se ha verificado los requisitos formales contenidos en las reglas jurisprudenciales.

Es fundamental en tiempos de constitucionalismo la labor hermenéutica que realiza la Corte Constitucional en el desarrollo del

contenido de los derechos, en este caso los de tutela judicial efectiva y debido proceso, pues sin lugar a duda, a más de aquello, genera certeza acerca del tipo de control de constitucionalidad que existe en el Ecuador y cómo deben coordinar los juzgadores en el ámbito de sus competencias con el máximo órgano de interpretación y control constitucional.

Como se mencionó en las primeras líneas, el control de constitucionalidad ofrece varias aristas, aquí hemos abordado algunas de ellas concernientes a la consulta de norma, sin embargo de lo cual, el debate sigue abierto y latente.

## 6. Bibliografía

Diccionario de la Real Academia Española. Internet. *http://lema.rae.es/drae/?val=considerar*. Acceso: 8 febrero 2013.

Escobar García, Claudia, ed. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

Eto Cruz, Gerardo. "El fallo 'Marbury vs. Madison' y el derecho procesal constitucional". *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, t. I. Ed. Pablo Luis Manili. Buenos Aires, La Ley, 2010.

García Belaunde, Domingo. *Derecho procesal constitucional*. Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Marsol, 1998.

Montaña Pinto, Juan, ed. *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 3. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/CEDEC, 2012.

Pérez Tremps, Pablo. *La cuestión de constitucionalidad en el derecho español*. Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales, 2006.

Sanchís, Luis Prieto. *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid, Trotta, 2011.

Zúñiga Urbina, Francisco. "La cuestión de inaplicabilidad: Los jueces entre legalidad y constitucionalidad". *Tratado de derecho procesal constitucional*, t. II. Buenos Aires, La Ley, 2010.

### 6.1. Normativa del Ecuador

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial n.º 449, de 20 octubre 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial, Segundo Suplemento n.º 52, de 22 octubre 2009.

### 6.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador

Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Sentencia n.º 055-10-SEP, Caso n.º 0213-10-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 001-13-SCN-CC, Caso n.º 535-12-CN, Gaceta Constitucional n.º 001, 13 de febrero del 2013.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 0030-13-SCN-CC, Caso n.º 0697-12-CN.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 0036-13-SCN-CC, Caso n.º 0047-11-CN.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 034-13-SCN, Caso n.º 561-12-CN.

### 6.3. Normativa comparada

Constitución de la República de Colombia, actualizada hasta el Decreto Ejecutivo 2576, de 27 julio 2005.

Constitución de la República del Perú, publicada el 30 diciembre 1993.

Constitución española, publicada en BOE, número 311, de 29 diciembre 1978.

Constitución Política de la República de Panamá. Gaceta Oficial n.º 25176, de 15 noviembre 2004.

### 6.4. Jurisprudencia comparada

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-122-11, Bogotá, de 1 marzo 2011. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Suprema de Justicia de Panamá. Internet. *http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/cendojfields/fallos-de-interes/*. Acceso: 8 julio 2013.

Tribunal Constitucional del Perú. Internet. *http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.html*. Acceso: 8 julio 2013.

# El control formal de constitucionalidad de actos normativos

Daniel Gallegos Herrera*

## 1. Introducción

En el contexto constitucional ecuatoriano, parecería desde hace varios años ya haberse resuelto el más antiguo problema relacionado con el control constitucional: la legitimidad de su ejercicio. Ecuador, en sus últimas versiones constitucionales ha probado diversos sistemas de control constitucional, que han consistido en varias mixturas que han alternado el control abstracto y concreto, así como el concentrado y difuso; lo que da a entender, por lo menos, que la posibilidad de auditar la labor de los organismos con potestad de producción normativa, es generalmente aceptada como respetuosa de los principios rectores del Estado de derecho; o en su versión actualmente vigente en Ecuador: del Estado constitucional de derechos y justicia. No obstante, una discusión que pudiera parecer ya resuelta, todavía levanta dudas y debates que se relacionan sobre todo con la capacidad del organismo contralor de autoimponerse normas de actuación, que de obedecer a un propósito racional, resultan necesarias para no perder el rumbo y traicionar los principios a los que debe obedecer.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y abogado de los Tribunales de la República, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito. Especialización Superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Asesor constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador.

En este contexto, volvemos la mirada a la versión más antigua del control constitucional en el sistema continental europeo diseñado por Kelsen: el control formal de las normas a la luz de la Constitución. Este tipo de control, aparentemente desdeñado por ciertos sectores del constitucionalismo ecuatoriano actual e incluso por las fuentes del derecho positivo, tiene la virtud de constituirse en una verdadera garantía del debido proceso en el ejercicio de la potestad normativa; y por extensión, del propio principio democrático que define al Estado constitucional. A pesar de haber cedido terreno y protagonismo al control material, incluso con principios reconocidos en el ordenamiento que parecerían hacerlo accesorio o secundario; parecería que, de forma casi inconsciente, el control formal también ha experimentado una evolución, de la mano con las herramientas que la Constitución ha entregado a los diversos sujetos para influir en las decisiones de trascendencia pública. Así, en tanto el procedimiento que culmina en la expedición de una norma adquiere nuevos estándares para considerarse como constitucionalmente adecuado, también se complejiza el objeto de control formal de constitucionalidad.

Con base en dicha afirmación, el control de las formas en la expedición de las normas, al igual que otras parcelas mucho más novedosas del catálogo de competencias de los Tribunales y Cortes Constitucionales, requiere una mirada objetiva, que permita mostrarlo en su real dimensión, con el objeto de no hacer caso omiso a necesidades urgentes que deben ser resueltas por medio de la argumentación de la Corte Constitucional. Un caso práctico que evidencia lo señalado es, sin duda, el de la pretendida inconstitucionalidad de la Ley de Minería, cuya sentencia será analizada en el presente trabajo. Sin duda es un caso complejo, que en su momento despertó —y sigue despertando— intenso debate en torno a diversos temas. En este caso, se evidencia, aunque con cierta imprecisión, que la Corte Constitucional está llamada a desplegar una actividad de mayor complejidad de la que aparentaría en un principio, en lo relacionado con el control del procedimiento de producción normativa, sobre todo si se considera que dicho procedimiento está compuesto por una serie de hechos, que deben ser

probados y sobre los que la Corte Constitucional debe juzgar. Es así que servirá de punto de partida para la emisión de las conclusiones de este trabajo, las que sin duda no pasan de ser preliminares y sirven únicamente para desatar una discusión mucho más profunda.

## 2. La propuesta de control constitucional de Hans Kelsen[2]

Cuando se defiende la legitimidad del control jurisdiccional de la conformidad normativa con la Constitución —al menos, en su variante concentrada—, se recurrirá a argumentos ya hace tiempo esgrimidos por su creador, Hans Kelsen, ante las objeciones presentadas por Carl Schmitt en torno al modelo que proteja de forma más eficiente la Constitución.[3] Si bien ha existido un refinamiento importante de los criterios en uno u otro sentido, la cuestión principal se halla reflejada en el debate sostenido entre los dos juristas.[4]

Hans Kelsen, a quien se atribuye el diseño del modelo concentrado de control de constitucionalidad, basa su propuesta en una idea de 'Constitución en sentido estricto', como la institución del órgano legislativo y el procedimiento para la producción legislativa.[5] Esto quiere decir, un concepto "formal" de Constitución. Esta idea, atravesada por su visión de la Constitución rígida como norma fundamental, de la que se derivan las demás proposiciones prescriptivas que componen el ordenamiento jurídico, hace imprescindible la intervención activa de un órgano que 'nulifique' los actos contrarios a la misma. Su reflexión se

2 La descripción del debate está basada en el desarrollo muy sistemático y académicamente adecuado de Viturro, Paula. "Sobre el origen y el fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad".. *Estudios de derecho constitucional*, t. 1. Dir. Julio Maier. Buenos Aires, Konrad-Adenauer-Stiftung y Ad Hoc, 2002; tal como en el relato y reflexiones sobre él expresadas por Carlos Bernal Pulido "En torno a la legitimidad de la justicia constitucional". *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

3 Si desearemos adentrarnos en los modelos de control difuso de constitucionalidad, la discusión a la que recurriríamos probablemente sería la de la crítica del poder "contramayoritario" ejercido por medio del *judicial review*, sostenida en Estados Unidos.

4 Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*, p. 30.

5 *Ibíd.*, p. 35.

encaminó a la creación de un órgano independiente del Legislativo, pues de lo contrario, este "se consideraría a sí mismo un órgano de creación libre de derecho y no como […] de aplicación del derecho".[6] En otras palabras, la propuesta de Kelsen estatuye al Tribunal Constitucional como un contralor del procedimiento legislativo.

El control jurisdiccional de la constitucionalidad es una idea que para Kelsen, constituye un mecanismo de protección a las minorías frente a decisiones que consiguen mayoría en el Parlamento, por medio de la bien conocida 'legislación negativa', o sea, la destinada a la expulsión de la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico. En un contexto en que el legislador tiene la amplitud de configuración de su actividad y el juez constitucional alta restricción de sus posibilidades de intervenir en el proceso, la configuración del modelo de control jurisdiccional de la Constitución como legislación negativa, lleva aparejado el reconocimiento del principio *pro legislatore*, así como una separación estricta de poderes entre el legislador dedicado a la formación de la ley y el juez constitucional, encargado de su anulación.[7]

Ante la propuesta kelseniana, Carl Schmitt, en sus obras *Teoría de la Constitución* y *La Defensa de la Constitución*, presentó objeciones tendientes a justificar el decisionismo político del Jefe de Gobierno, como modelo de control constitucional. Schmitt, a diferencia de Kelsen, parte de una comprensión historicista del derecho, basada en la definición de 'pueblo' como 'estirpe' y en la Constitución como 'el modo como de hecho es gobernado un pueblo'.[8] Así, su rechaza la visión positivista de 'Constitución' como una ley con procedimiento de reforma agravado, otorgando la calidad de 'ley constitucional' a toda norma del texto constitucional que

6 *Ibíd*.

7 Kelsen, Hans. "La garantía jurisdiccional de la Constitución - La justicia constitucional". *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Trad. Juan Luis Manero. Madrid, Debate, 1988, pp. 109 ss., citado por Ruiz Miguel, Carlos. "Crítica a la llamada inconstitucionalidad por omisión". *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Ed. Claudia Escobar García. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, p. 619.

8 Estévez Araujo, José. *La Constitución como proceso*. Madrid, Trotta, 1994, p. 44, citado por Paula Viturro, *op. cit*., p. 69.

no cumpla con la función ser "una decisión consciente acerca del modo de existencia de una unidad política realizada por el poder constituyente".[9] Schmitt se opone al control judicial, debido a que, con una Constitución que implica la decisión política de una estirpe, el defensor de la misma sería también un defensor del orden social y económico existente; labor que, evidentemente, no consideraba adecuada para un tribunal.[10]

Tenemos, entonces, que la diferencia de visiones entre ambos autores nace precisamente del concepto de Constitución que cada uno de ellos acepta; pero también, respecto de las reales posibilidades de la potestad jurisdiccional para asumir una tarea como la defensa de la Norma fundamental. Las limitaciones de la justicia para asumir la defensa de la Constitución, en la visión de Schmitt, saltan a la vista: indica que el ámbito de la justicia es *post eventum*, con efectos sancionadores, absolutorios, reparadores o represivos respecto de hechos ya sucedidos; así como su calidad es incidental, accesoria y aplicable al caso concreto, extensible únicamente en calidad de precedente. Traspasar los límites impuestos por la naturaleza de la jurisdicción a atribuciones 'preventivas', equivaldría a entregar el gobierno a los jueces.[11]

Otro elemento presentado en la tesis de Schmitt, tiene que ver con la distinción entre jurisdicción como ejercicio subsuntivo de "aplicación" de una ley —o norma concreta, que determina de manera precisa la consecuencia a cierto supuesto hipotético— a determinados hechos; y de la norma Constitucional, como aquella que distribuye facultades para adoptar decisiones, sin predeterminar el contenido de estas últimas. Señala que las normas no pueden 'aplicarse' unas a otras, sino que únicamente pueden ser objeto de mutua comparación. La diferencia entre la interpretación de la ley, en que el 'componente decisionista' disminuye, y la Constitución, en que este tiene preeminencia, hace que las decisiones del Tribunal Constitucional se basen, más que en la calidad de su argumentación, en una competencia antidemocrática para descifrar

9 *Ibíd.*, p. 70.
10 *Ibíd.*, pp. 74 y 75.
11 *Ibíd.*, pp. 77 a 80.

el contenido de las "leyes constitucionales" contenidas en el texto de la Norma fundamental; es decir, en una suerte de "interpretación auténtica de la misma".[12] Así, aunque en una posición crítica al mismo, ya avizoró el futuro del control constitucional como un análisis del contenido de la norma y no únicamente de la forma en que esta fue promulgada.

La propuesta de Kelsen no se advierte en su totalidad, sino hasta que él reacciona a las críticas de Schmitt. En la obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, entre otras reflexiones, señala que el control constitucional abstracto en su modelo no realiza una comparación entre las normas sino el control de la producción de la norma legislativa. Ello implica, en otras palabras, el que Kelsen únicamente concibe el control de constitucionalidad como de carácter formal, lo cual es perfectamente explicable si, como ya se ha dicho, su visión de la propia Constitución es formal.[13]

## 3. El nuevo momento del control constitucional: la emergencia del control material

Muchos años han pasado desde el debate relatado en el apartado anterior. Ambos modelos de defensa de la Constitución fueron probados en diferentes contextos en la Europa de inicios de siglo XX y las consecuencias sobre sus implicaciones han configurado acuerdos doctrinarios a favor del control jurisdiccional de la Constitución. Sin embargo, la versión de Kelsen de un control puramente formal de la norma de normas ha sufrido mutaciones tan importantes, que los actuales ejemplos de control concentrado de constitucional exceden su aspecto formal. Así, se operan dos cambios importantes: de un objeto de control constreñido exclusivamente a la 'validez' en el cumplimiento de los mecanismos de producción legislativa, las tendencias apuntan a una reconstrucción

12 *Ibíd.*, pp. 83 y 84.

13 Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid, Tecnos, 1995, p. 25, en Paula Viturro, *op. cit.*, p. 94. En concreto, Kelsen señala lo siguiente: "el hecho que en las decisiones sobre la constitucionalidad de una ley se subsume bajo la norma que representa la Constitución, no es la norma […] sino la producción de la norma". [Énfasis añadido.]

del concepto de norma 'válida', para permitir la inspección jurisdiccional de la conformidad del contenido de las normas. Por otro lado, de un concepto de 'Constitución' reducido a la mínima expresión, en exclusión expresa de las normas con mayor nivel de abstracción, la tendencia apunta al reconocimiento de la fuerza normativa de los principios de formulación amplia y, en la mayoría de casos, imprecisa.

Podemos encontrar una explicación doctrinaria al fenómeno en la explicación y posterior crítica que Ferrajoli hace de la concepción imperante en la teoría positivista del derecho. El autor señala:

> Según la concepción prevaleciente entre los máximos teóricos del derecho —de Kelsen a Hart y Bobbio— la 'validez' de las normas se identifica, sea cual fuere su contenido, con su existencia: o sea, con la pertenencia a un cierto ordenamiento, determinada por su conformidad con las normas que regulan su producción y que también pertenecen al mismo. Esta concepción puramente formal de la validez es, a mi juicio, el fruto de una simplificación, que se deriva a su vez, de una incomprensión de la complejidad de la legalidad en el estado constitucional de derecho que acaba de ilustrarse.[14]

A renglón seguido de la crítica presentada, Ferrajoli postula que "el sistema de normas sobre la producción de normas —habitualmente establecido, en nuestros ordenamientos, con rango constitucional— […] [i]ncluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan el poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos". La afirmación realizada por Ferrajoli, trae un nuevo elemento a ser considerado en la definición del concepto 'Constitución'. A diferencia de Kelsen, estima que existen contenidos constitucionales que superan la pura determinación del procedimiento de producción de normas y que constituyen límites y vínculos materiales a la acción del legislador. Esta visión, compartida en mayor o menor medida por los

14 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999, pp. 20 y 21.

diversos exponentes de la corriente que hemos dado en denominar 'neconstitucionalismo', plantea una dicotomía de comparación entre Constitución y norma infraconstitucional, extendiendo la atención del procedimiento hacia el resultado.

## 4. ¿Qué protege el control formal de la constitucionalidad?

Sin duda, el aporte del constitucionalismo contemporáneo en respaldo del control material de la constitucionalidad es bienvenido en tanto contribuye al reforzamiento del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y la modernización de los patrones del positivismo legicentrista. No obstante, se corre el riesgo de inferir de manera falaz que la nueva afirmación sustituye, contradice y/o anula la anterior. En términos de lo analizado hasta ahora, podría creerse —en nuestro criterio, erróneamente—, que el necesario realce que la doctrina jurídica moderna da al aspecto material de la validez de las normas en relación con la Constitución, implica necesariamente restar importancia al aspecto formal. Se ha dicho que concluir lo precedente constituye un error, debido a que lo material no comporta la antítesis de lo formal; sino que, constituyen características o 'dimensiones' distintas del fenómeno jurídico; y por tanto, del examen de constitucionalidad de las normas. La bidimensionalidad del control se puede advertir, en realidad, a simple vista. En tanto que el universo de análisis en el control formal, está en los hechos suscitados en el trámite legislativo, constituyéndolo en un juicio sobre una premisa normativa y una fáctica; en el control material, es la prescripción normativa contenida en los enunciados jurídicos lo que se analiza y compara con la norma constitucional, haciendo que sea principalmente un juicio sobre el derecho.[15] Por ende, ya que se ha demostrado que el juicio formal y material de constitucionalidad se desarrollan en dimensiones distintas, no pueden ser objeto de reemplazo.

15 Esto es aplicable, al menos, en tanto se trate del control abstracto de constitucionalidad. En el control concreto, dado que existe la posibilidad de controlar la aplicación de una norma a determinado supuesto fáctico, el juicio cambia ligeramente; sin embargo, incluso en ese evento, los hechos —o más correctamente, la hipótesis o supuesto— no están relacionados con la producción de la norma, sino con su potencial subsunción a determinada situación.

Más aún, cabe recordar que la premisa de Kelsen para controlar la forma en que las normas son producidas es que esta existe en tanto constituye una protección al derecho de las minorías a intervenir en el proceso democrático que concluye con la decisión política expresada en la norma. Las autoridades que ejercen potestad normativa, con el órgano parlamentario a la cabeza, están obligados a permitir la máxima cantidad de participación de actores políticos en el proceso de adopción de sus decisiones, en diferentes momentos y por medio de diversos mecanismos; sobre todo si el Estado responde, como en el caso del Ecuador, al modelo democrático.

Se puede afirmar, incluso, que las formas previstas en la Constitución son al procedimiento de gestación normativa, lo que es el debido proceso constitucional a "todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden […]". Claro está, podría pasarse por alto esta afirmación si se tiene una visión reduccionista del debido proceso; al considerar que las contravenciones al mismo solo se verificarían en caso de sujetos concretamente definidos; sin embargo, ¿podría no consentirse en que los derechos y obligaciones de toda la colectividad se pueden ver comprometidos por la expedición o derogatoria de una ley?

Una conexión de tal naturaleza con las normas del debido proceso constitucional tiene, sin duda, una gran utilidad, sobre todo por el riesgo que permite conjurar. Podría adoptarse, por ejemplo, una posición finalista —lastimosamente, muy común cuando de normas del debido proceso en materia penal y administrativa se trata— y argumentar que lo importante es el resultado y no cómo se arribó al mismo. Las enseñanzas que nos han dejado las violaciones al debido proceso en ese sentido ilustrarán de forma patética las consecuencias de buscar un resultado loable por medio de métodos viciados. Así, no importa que la norma, resultado de un procedimiento de expedición con falencias, realice prescripciones que aparezcan como beneficiosas, loables, o simplemente, se enmarque materialmente en los límites establecidos por la Constitución de la república. En tanto en su procedimiento se haya omitido la participación de determinado grupo, se haya violentado el quórum

de aprobación, no se haya procedido a su control previo cuando hubiere sido pertinente, etc., el resultado tiene un vicio insalvable, que debe ser corregido por medio del control formal, so pena de desembocar en violaciones constitucionales cada vez que la norma sea aplicada.

En conclusión, lejos de una cáscara vacía, desprovista de contenidos con relevancia constitucional, la observancia de los procedimientos en la expedición de las normas jurídicas en sí misma protege principios de trascendental importancia, los cuales no deben ser desconocidos el momento de desarrollar e interpretar las normas constitucionales relacionadas con el control formal de la constitucionalidad de las normas.

## 5. El control en Ecuador: entre el control integral y la exclusión de la 'mera formalidad'

La influencia del pensamiento del constitucionalismo contemporáneo detallado en el segundo acápite del presente trabajo se halla, sin duda, presente en la nueva Carta constitucional ecuatoriana. Ciertamente, la facultad de cuestionar la conformidad material de la Constitución en Ecuador no se inauguró en el año 2008, ya que por primera vez se hace una mención expresa a ella, distinguiéndola de la formal, en la codificación constitucional de 1984, cuando al Tribunal de Garantías Constitucionales se le da atribución para "[s]uspender, total o parcialmente, en cualquier tiempo de oficio o a petición de parte, los efectos de leyes, decretos, acuerdos, reglamentos, ordenanzas o resoluciones que fueren inconstitucionales por la forma o por el fondo". No obstante, la cantidad de menciones que hace la actual Constitución a la vinculación de las normas y principios sobre el contenido de actos de inferior jerarquía es digna de atención.

Por citar algunos ejemplos más representativos, sin considerar aquellos en que se encuentra menciones sobre derechos específicos, está el principio de exigibilidad individual y colectiva de los derechos constitucionales (art. 11, núm. 1); la prohibición de adopción de medidas discriminatorias y la obligación de establecer

medidas de acción afirmativa (art. 11, núm. 2); el principio de aplicación directa de derechos y principios constitucionales ante cualquier autoridad —incluidas las que ejercen potestad normativa— (art. 11, núm. 3 y art. 426); la prohibición de restricción de derechos (art. 11, núm. 4); la inalienabilidad e irrenunciabilidad (art. 11, núm. 6); la progresividad y prohibición de regresividad (art. 11, núm. 8); las garantías normativas (art. 84); el principio de supremacía constitucional (art. 424); entre otros. El denominador común de la Constitución en este punto, como se puede observar de las normas citadas, es incluir como un elemento importante en el análisis del control constitucional, el contenido de las normas.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional contiene disposiciones que apuntan en la misma línea, pues reproduce y desarrolla en varios pasajes las normas ya enunciadas. Destaca particularmente una mención a la obligación de la Corte de realizar el 'control integral' de la constitucionalidad de las normas:

> Control Integral.- Se deberá confrontar la disposición acusada con todas las normas constitucionales, incluso por aquellas que no fueron invocadas expresamente por el demandante.

Aunque la lectura del principio parece indicar que la ley pone en igualdad de importancia todas las normas que deben ser confrontadas, sean estas las que rigen el procedimiento, o aquellas que prescriben sobre el contenido, en la enumeración de principios va más allá, cuando enuncia el siguiente principio:

> Instrumentalidad de las formas y procedimientos.- El desconocimiento o vulneración de las reglas formales y procedimentales en la producción normativa, únicamente acarrea la declaratoria de inconstitucionalidad cuando implica la transgresión de los principios o fines sustanciales para los cuales fue instituida la respectiva regla.

La disposición citada, en un inicio podría leerse como una expresión del principio de presunción de constitucionalidad aplicado al ámbito formal; no obstante, no es del todo clara.

Puede advertirse, por la redacción del enunciado y la misma denominación del 'principio', una posible intención del legislador de que el control formal de constitucionalidad esté en cierto modo subordinado al control del contenido de la norma examinada; o lo que es lo mismo, el análisis formal pasaría a un segundo plano, dando preeminencia y prioridad al material, condicionando el contenido del análisis a la 'sustancia' de la norma. Más allá de críticas respecto a la complicación práctica de aplicar literalmente la prescripción normativa citada—como el hecho de que el 'principio o fin sustancial' que persiga la regla examinada no tengan relación alguna con su procedimiento de formación; y sin embargo, se adviertan violaciones de dicho procedimiento que transgredan de forma evidente el orden constitucional—, cabe señalar que existe un claro riesgo de interpretarla de manera que se reduzca la trascendencia del control formal de la constitucionalidad, respecto del material, o al menos, desdiga de su calidad de problema autónomo.

En esa misma línea, se advierte que la Corte Constitucional para el Período de Transición razonó en la Sentencia n.º 001-10-SIN-CC, en la que resolvió la alegada inconstitucionalidad de la Ley de Minería.[16]

> En opinión de la Corte, si bien es cierto que la consulta pre-legislativa hace parte de los elementos integrantes del proceso de aprobación de las leyes, en realidad no se trata de un **mero procedimiento o formalidad**. En efecto, a juicio de la Corte, y de conformidad con el artículo 57, numeral 17 de la Constitución de la República, la consulta pre-legislativa constituye un derecho constitucional de carácter colectivo. (Énfasis añadido.)

El caso de la consulta prelegislativa, un requisito constitucional para la expedición de normas que puedan afectar derechos de

16 Casos 0008-09-IN y 0011-09-IN, acumulados. A modo de resumen, en dicho caso, los accionantes solicitaron se declare la inconstitucionalidad por la forma de la Ley de Minería debido a que, en su criterio, la Asamblea Nacional no cumplió con lo prescrito en el artículo 57, numeral 7 de la Norma fundamental. Dicho artículo prescribe la obligación de realizar una consulta a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, antes de la adopción de una medida legislativa que pudiere afectar sus derechos colectivos.

comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, parecería que la Corte de transición decidió, para resaltar su importancia, negar su calidad de requisito formal. Es prácticamente imposible negar que la realización de una consulta en la que participe determinado grupo humano, como evento previo a la adopción de una decisión, es un asunto de procedimiento. Entonces, ¿cuál fue la intención de la Corte Constitucional para el período de transición de 'negar' tal naturaleza?

## 6. El ensayo de una solución

En realidad, podría explorarse una solución a la aparente falta de coherencia de la ley y del criterio de la Corte de transición en la misma Constitución, si se sigue con la analogía entre las normas del debido proceso constitucional y las normas del proceso de expedición de normas de diversa índole. Así como, en un procedimiento administrativo o judicial pueden existir normas que prescriben formalidades que muchas veces pueden resultar innecesarias y hasta perjudiciales para los derechos de las partes, esto también se podría verificar en los procedimientos legislativos. Por eso, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional habla de 'transgresión de principios y fines sustanciales', así como la Corte Constitucional para el Período de Transición aumenta el adjetivo 'mero' a los sustantivos 'procedimiento' y 'formalidad'. Debería interpretarse, entonces, que existe un umbral de tolerancia a la omisión de formalidades en la promulgación de una norma, en tanto dicha transgresión no comporte en sí misma la lesión directa de una regla o principio constitucional.

Se advierte una explicación razonable para admitir una limitación de esta naturaleza al control formal de la constitucionalidad. Ella nace del propio mantenimiento de la legitimidad de la justicia constitucional en el Estado democrático. A decir de Bernal Pulido, esa preocupación que nace del debate relatado en la primera parte del presente trabajo, está latente en toda discusión respecto de los límites del control constitucional:

> Este primer debate entre Kelsen y Schmitt sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional ha sido dirimido por la historia a favor del arraigo y desarrollo de la institución controvertida (el control jurisdiccional de la constitucionalidad). Es bien sabido que la jurisdicción constitucional se ha extendido sin cesar durante el último siglo […]. En razón de su importante función de garantía de la Constitución, y de las libertades en ella consagradas, es concebida como un elemento esencial de todo Estado democrático de derecho. […] en medio de este proceso la discusión acerca de la legitimidad de la jurisdicción ha permanecido latente […] sobre todo en el problema de si el control de constitucionalidad de las leyes supone o no un hondo menoscabo de la democracia representativa.[17]

Si lo que está en riesgo cuando se habla de las competencias de control constitucional es la propia existencia del sistema de democracia representativa, es insoslayable el establecimiento de dispositivos razonables para evitar un desbordamiento de las competencias de la jurisdicción constitucional, en detrimento de las competencias de los órganos cuyos personeros son democráticamente elegidos. Por ello, el principio de presunción de constitucionalidad, el de conservación del derecho y el *pro legislatore* cumplen una función análoga respecto de la dimensión material del control.

Claro está, la solución que se propone pasa por un intento a título personal de aportar con criterios que sirvan para una mejor interpretación del contenido de la ley y al pronunciamiento de la Corte Constitucional para el Período de Transición con la visión del control formal de la constitucionalidad de las normas, en tanto una herramienta diseñada para asegurar la protección de derechos constitucionales en el proceso de generación de normas. Estará en la nueva Corte Constitucional el profundizar en dicha línea si lo considera pertinente, por medio de sus posteriores pronunciamientos y desarrollar sus implicaciones en los casos puestos a su consideración.

17 Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

## 7. Bibliografía

Bernal Pulido, Carlos. "En torno a la legitimidad de la justicia constitucional". *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Corte Constitucional. Sentencia n.º 001-10-SIN-CC, Casos 0008-09-IN y 0011-09-IN, acumulados.

Estévez Araujo, José. *La Constitución como proceso*. Madrid, Trotta, 1994.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999.

Ruiz Miguel, Carlos. "Crítica a la llamada inconstitucionalidad por omisión". *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Ed. Claudia Escobar García. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

Viturro, Paula. "Sobre el origen y el fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad". Dir. Julio Maier. Estudios de Derecho Constitucional, t. 1. Buenos Aires, Konrad Adenauer-Stiftung y Ad Hoc, 2002.

# La aplicación directa de la Constitución frente al prevaricato en Ecuador

Javier Fernando Villacrés López*

En este ensayo manejaremos el enfoque del delito de prevaricato dentro de la jurisdicción del Ecuador y nos remitiremos a señalar breves comentarios y puntualizaciones foráneas, a efecto de esclarecer el tema mediante la utilización de referencias históricas o conceptuales que permitan al lector el correcto entendimiento.

Asimismo, partiremos de una concepción formal del delito de prevaricato en cuanto a la prohibición de fallar contra norma expresa que tienen los operadores de justicia, por lo que evaluaremos al prevaricato como norma prohibitiva que posee lingüísticamente en los tres componentes constituyentes fundamentales de la norma[1] y se señala que en la norma contenida en el numeral 3 del artículo 277 del Código Penal ecuatoriano se establece: "Los jueces o árbitros que en la sustanciación de las causas procedieren maliciosamente contra leyes expresas, haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que mandan". Se puede concluir que existe:

a) Un generador normativo: que sería lo prohibido.

* Abogado de los juzgados y tribunales del Ecuador, Universidad Central del Ecuador. Diploma superior en Derecho, Mención Constitucional, también magíster (c) en Derecho, Mención Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente, asesor de la Corte Constitucional del Ecuador.

1 Capella, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*. Madrid, Editorial Trotta, 2.ª ed., 2000, pp. 61-77.

b) Una descripción de la actuación humana: fallar contra el mandato de una norma, a los jueces o árbitros en el desempeño de su trabajo, es decir en la sustanciación de las causas puestas a su resolución.
c) Una descripción de las condiciones de aplicación de la norma, expresa o tácita: La ley positivizada, el juez o árbitro no puede salirse de lo dispuesto por el texto de la norma como límite al derecho.

En razón de esos presupuestos, partiríamos de señalar que el prevaricato en los términos del numeral 3 del artículo 277 del Código Penal ecuatoriano al poseer una prescripción modélica, debe responder (dada su composición lingüística) a un proceso para que sea válida; entonces diremos que quien realizó el acto de creación, incluso también señaló cuál debe ser el objeto de su regulación, observó las tres condiciones formales de validez: la competencia formal, que exige que la norma haya sido creada por el órgano competente ya que dicha potestad no es para todos; la de procedimiento, en donde la validez de la norma requiere que se haya observado el procedimiento para su creación y concretamente lo establecido para la creación de tipo de normas de que se trate, ya que dicho acto no puede manifestarse de cualquier manera sino de aquella que está prescrita en la norma que regule la producción normativa; y, la de competencia material, en donde cada tipo de normas no solo parece vinculada a un sujeto y procedimiento, sino con frecuencia a un cierto ámbito de regulación.[2]

Partiendo de este supuesto, se establece claramente que la validez de la norma que contiene la prohibición de fallar contra norma expresa dentro del prevaricato no está en discusión, pero habrá de examinarse su eficacia, su capacidad para producir efectos jurídicos y cómo se los entiende desde la esfera de lo jurídico, político y social.

En sentido jurídico, la eficacia alude a la fuerza para producir efectos jurídicos, incidiendo el ámbito material, temporal, personal

2 Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 2005, pp. 73-93.

y espacial a regular; mientras que en el sentido político la eficacia de las normas alude a la satisfacción o realización de los objetivos sociopolíticos, de acuerdo con cierto modelo ideológico y filosófico dado que en algunas normas la finalidad se deduce de su carácter prescriptivo (como las tipificaciones penales, donde la eficacia de dicha tipificación dependerá de la medida en que se alcance ese objetivo).

Finalmente, el sentido sociológico se refiere al grado de efectivo cumplimiento de las normas por parte de sus destinatarios, pudiendo hablar del antecedente y el consecuente. Una norma se cumple y es eficaz si los destinatarios ajustan su comportamiento a lo que en ella prescribe, pero también lo es si los órganos jurídicos son capaces de imponer la consecuencia previstas en las normas para caso de incumplimiento.[3]

Con relación a la eficacia de la norma como cumplimiento, Bobbio establece una escala en donde señala que existen normas que se obedecen por temor a la sanción, como dentro del presente estudio ubicamos al prevaricato en cuanto a fallar contra norma expresa.

Se puede establecer entonces una clara independencia de la validez y de la eficacia, ya que una norma que es válida por haber sido creada bajo el procedimiento prescrito para tal efecto puede carecer de eficacia por el surgimiento principalmente de nuevos escenarios constitucionales en donde su validez no solamente radique en el proceso de elaboración sino en la medida que el objetivo planteado en su texto sea alcanzado en virtud de la tutela de los derechos.

De esta manera, procederemos a explicar brevemente la institución del prevaricato para posteriormente relacionarlo con el principio de aplicación directa de la Constitución y verificar cómo puede establecerse como un medio de limitación a este principio.

3 *Ibíd.*

## 1. Antecedente histórico y evolución normativa del delito de prevaricato en Ecuador

La expresión 'delitos contra la administración de justicia' es de aparición temprana en el marco del movimiento codificador europeo, encontrándose ya en el proyecto de Código Penal para el Reino Itálico de 1807. En la Constitución de Cádiz de 1812 se usa esa expresión al titularse el capítulo 1 del Título V "de los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo civil y en lo criminal". Sin embargo, no aparece como título independiente en un Código Penal hasta el español de 1928, consolidándose su autonomía legislativa y sistemática en el de 1932;[4] siendo aún más tempranas en América Latina y por tanto en Ecuador, donde se derivaría el traslado normativo europeo.

La legislación sustantiva penal del Ecuador, cercana al fin del siglo XIX, toma como modelo al Código belga de 1880, que a su vez se inspira en el francés de 1810, siendo casi imperceptibles las modificaciones, ya que se toman los mismos preceptos dogmáticos y la misma forma de tipificar el acto ilícito en los Códigos de 1871 y 1889 e incluso el de 1906; llegando después del Código de Alfaro, que perdura por más de treinta años, para frenar su evolución con el advenimiento del Código Penal de 1938, hasta ahora vigente con indispensables y prudentes reformas.

La institución del prevaricato entonces se la plantea (no como independiente), desde la promulgación del Código Penal de 1837, en el que se lo sancionaba en el artículo 360 del Título Séptimo, Capítulo Primero bajo la denominación:

> **De los Delitos de los Funcionarios Públicos en el Ejercicio de sus Funciones, estableciendo que son prevaricadores.** 1.- Los jueces de derecho o árbitro s de la misma clase que a sabiendas, por interés personal, por afecto, o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública, o de tercero interesado, juzgan contra ley, o proceden criminalmente contra

4 Ver Ferrer Barquero, Ramón. *El delito de prevaricación judicial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 23, capítulo I "La administración de justicia como bien jurídico lesionado".

> alguno, sabiendo que no lo merece. 2.- Los que a sabiendas, por el mismo interés personal, afecto, o desafecto, a alguna persona o corporación, dan consejo a una de las que litigan ante ellos con perjuicio de la parte contraria, o proceda contra leyes expresas, ya haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que ordenan. 3.- Los funcionarios públicos de cualquier clase que ejerciendo alguna actividad gubernamental, judicial o administrativa por el mismo interés personal, afecto, o desafecto, a alguna persona o corporación, nieguen, rehúsen o tarden la administración de justicia, o cualquier otro negocio del servicio público. 4.- Los demás empleados, oficiales, curiales, o cualquier otro funcionario público, que por alguna de las causas entredichas en el numeral 1, abusan a sabiendas de sus funciones, perjudicando a la causa pública o a alguna persona, protegen, disimulan o toleran del mismo modo delitos de los subalternos, o dependientes, o dejan de poner el oportuno remedio para reprimirlos o castigarlos.[5]

Hay que anotar que continúa de idéntica forma en los Códigos Penales de 1871, 1889, 1906 bajo la denominación de la Prevaricación de los Empleados Públicos, cambiando en el Código Penal de 1938, a constituirse como un título independiente, y desde el cual ha conservado la misma estructura hasta el presente, encontrándolo en el capítulo cuarto 'Del Prevaricato', artículo 277, señalando que:

> Son prevaricadores y serán reprimidos con uno a cinco años de prisión: 1. Los jueces de derecho o árbitros juris que, por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública, o de un particular, fallaren contra ley expresa, o procedieren penalmente contra alguno, conociendo que no lo merece; 2. Los jueces o árbitros que dieren consejo a una de las partes que litigan ante ellos, con perjuicio de la parte contraria; 3. Los jueces o árbitros que en la sustanciación de las causas procedieren maliciosamente contra leyes expresas, haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que mandan; 4.

5 Código Penal sancionado por la legislatura ecuatoriana de 1837. Imprenta del Gobierno, 1862, Universidad de Harvard. Digitalizado 13 febrero 2008. N.º de páginas: 152. Internet. *http://books.google.com.ec/books?id=bG8VAAAAYAAJ&hl=es&source=gbs_navlinks_s*.

> Los empleados públicos de cualquier clase que, ejerciendo alguna autoridad judicial, gubernativa o administrativa, por interés personal, afecto o desafecto a alguna persona o corporación, nieguen, rehúsen o retarden la administración de justicia, o la protección u otro remedio que legalmente se les pida o que la causa pública exija, siempre que estén obligados a ello; o que, requeridos o advertidos en forma legal, por alguna autoridad legítima o legítimo interesado, rehúsen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependan de sus facultades, para la administración de justicia, o cualquiera necesidad del servicio público; 5. Los demás empleados, oficiales y curiales que, por cualquiera de las causas mencionadas en el numeral primero, abusen dolosamente de sus funciones, perjudicando a la causa pública o a alguna persona; y, 6. Los jueces o árbitros que conocieren en causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogados o procuradores.

Se concluye que en Ecuador el prevaricato trata de hechos contrarios a la administración pública, especialmente a la administración de justicia, siendo un delito doloso en donde el responsable traiciona a la ley por aspectos personales que se contraponen al desempeño correcto de la investidura que desempeña, por cuanto se lo comete 'con malicia comprobada'; es decir, aunque este delito lesione, generalmente, intereses particulares, el daño que experimenta la administración es el que prevalece para establecer la objetividad jurídica del hecho.

## 2. El prevaricato como fortaleza y método de control del modelo positivista en la estructura del Estado

El prevaricato aparece entonces como una garantía que resguarde a la ley (a quien se la consideraba como perfecta delimitadora de los derechos) su aplicación literal, tomando como principal arma las prohibiciones dirigidas a los aplicadores de justicia de en cuanto a atentar contra su estricto mandato, ya que dentro de este contexto legalista prevaricar es administrar justicia de manera parcial, apartándose maliciosamente de la ley para favorecer o perjudicar

a alguien mediante su acción u omisión. Así, la institución del prevaricato es sustento puro de la legitimación del Estado bajo un modelo positivista, en donde el legislador es el único intérprete de la Constitución.

Tengo que aclarar que a mi juicio, dentro de este Estado bajo un modelo liberal (legal-positivista), los jueces y muy en particular el Tribunal Constitucional cumplen funciones de control constitucional, el cual es negativo puro, consistente en inaplicar y declarar inconstitucional —respectivamente— las normas legales que claramente vulneren los enunciados constitucionales, denotándose la remisión de los jueces a convertirse en simples aplicadores de la ley (omnipotente en todos los casos), elimina cualquier posibilidad de interpretación por mínima que sea, reinando la obligatoriedad de su aplicación literalista. Por el contrario, al poder legislativo le corresponde la función de elegir de entre las alternativas que los enunciados constitucionales permitan, la que crea más adecuada para desarrollarla en la norma los límites de los derechos fundamentales y delimitar de esta manera las actuaciones judiciales; es decir, al juez para mantenerlo en el rango de operador negativo se le establecen prohibiciones expresas, como la de fallar en contra de norma expresa.

De este modo, el modelo positivista del estado liberal parte de una teoría interna, que sostiene que "todo el contenido de los derechos fundamentales vincula al legislador y que en él se integran posiciones que no pueden ser afectadas por leyes restrictivas pero que dicho contenido tiene una extensión reducida".[6] De este modo, todo lo que pueda ser adherido a los derechos fundamentales por el legislador tiene validez definitiva, es decir, solo se lo considera dentro del contexto expreso descrito en su texto sin que se manifieste un sentido en *prima facie*, así los límites de los derechos fundamentales están marcados por sí mismos y las restricciones que se puedan establecer nunca procederán del exterior del derecho, otorgándoles además un contenido reducido.

6 Bernal Pulido, Carlos. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006, p. 39.

El Estado bajo una teoría positivista creaba fortalezas a través de su intervencionismo, y como resultado de este proceso deviene la institucionalización del prevaricato, como parte fundamental del mantenimiento de su institucionalidad, que supone que la ley positiva, por el solo hecho de ser fruto de la voluntad dominante es justa y ha de ser obedecida en virtud de un deber moral y de conciencia. Dicho esto así, la tarea fundamental de los jueces para el mantenimiento del estatus quo, es la aplicación indiscutida de la norma, separándose de la semántica en su intervencionismo y remarcando los límites preestablecidos por el legislador (dada la fuente eminentemente positivista en cuanto a la teoría de la norma).

## 3. El prevaricato como mecanismo de control bajo la teoría positivista del derecho

Ya se ha dicho que dentro del modelo de Estado fundado bajo una teoría positivista del derecho, el imperio de la ley establece los límites normativos de los derechos, que son desarrollados en normas jurídicas; por lo que, los operadores de justicia no pueden ir más allá de ese texto en sus resoluciones, sin importar que dicha norma contravenga a la Constitución, lo que le interesa a este sistema es guardar la hegemonía de la ley. Entonces, cabe concluir evidentemente que el delito de prevaricato, en cuanto a fallar en contra de norma expresa, es un mecanismo claro de control para quienes realizan la actuación judicial pero, sobre todo, se convierte en un método del positivismo para mantener su vigencia en la vida de los Estados.

> La determinación del Prevaricato con respecto al derecho no es fácil de establecer, pudiéndose establecer que los Magistrados por lo mismo que tienen libertad de criterio y de interpretación, pueden equivocarse, y si cada vez que incurren en errores jurídicos, fueran reos del prevaricato, todos los jueces sin excepción alguna serían delincuentes. De manera que una sentencia revocada significa que

> el magistrado ha apreciado mal los hechos, ha aplicado mal el derecho o ha incurrido en los dos defectos al mismo tiempo.[7]

Entonces, el prevaricato como mecanismo de control encuentra su sustento en el resguardo del principio de legalidad o primacía de la ley que parte del derecho público, estableciendo que todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas; y en tal carácter actúa como parámetro para decir que un Estado es un Estado de derecho, pues en él el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas.

Conforme al principio de legalidad, solo la ley tipifica conductas, y solo podrá considerarse delito, aquel hecho que la ley lo declare expresamente. Por eso, se establece la ausencia de delito si no lo tipifica la ley. El prevaricato judicial viene a demarcar ese límite tipificado en la norma, esa intervención en favor de la administración, el acatamiento directo y sin trabas a la declaratoria de la llamada 'voluntad soberana'.

Se ha mantenido el criterio que la injusticia de las resoluciones no puede determinarse más que desde el ámbito de la legalidad, por lo que se enmarca como medio de control, que ninguna decisión judicial que sea conforme a alguna de las interpretaciones del derecho positivo podrá integrar el delito de prevaricato judicial, lo que lleva a reflexionar que este delito indiscutiblemente parte de ejercer un control de la institucionalidad de la ley, pero es controvertible hasta donde procede la prohibición de fallar en contra de norma expresa, si lo que se requiere de la administración judicial es la consecución de la justicia (pero este es un tema que lo trataremos más adelante).

Aparece otro aspecto que ayuda a la limitación de las actuaciones judiciales, y a la vez apoya la tesis del prevaricato como método restrictivo de control, la reserva de ley obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de ley, particularmente

7 Donna, Alberto Edgardo. *Delitos contra la administración pública*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2.ª ed., 2008, p. 462.

aquellas materias que tienen que ver la intervención del poder público en la esfera de derechos del individuo; y en este sentido, el delito de prevaricato somete a los jueces a sujetarse a la norma y sustentar sus fallos solo basándose de manera estricta en el texto de la misma y solo inaplicándola en los casos que se les puede denominar, absurdamente claros de violaciones a la Constitución.

Pero el prevaricato como mecanismo de control va más allá del planteamiento de su cometimiento por acción, y entra en la esfera de la omisión,[8] ampliando de esta manera su espacio de examen, planteando que si el juez o árbitro en la sustanciación de la causa procede contra leyes expresas dejando de hacer lo que manden aquellas, comete delito de prevaricato por omisión, pero siempre tiene que intervenir la idea de malicia para que este opere, es decir el favorecimiento o desfavorecimiento injustificado a una de las partes que participan en el proceso.

Si miramos al prevaricato (como lo que es) como un modo de control, creado para fortalecer la idea de supremacía absoluta de la ley, resultado de la expresión de la soberanía expresada en los parlamentos, se reconocería solo un modo de producción jurídica, 'la ley', siendo las demás abstracciones, secundarias del conocimiento.

> Naturalmente este postulado tenía un fuerte sentido político: de un lado, la ley es la forma de expresión del Estado y el Estado Liberal llevará hasta sus últimas consecuencias el proceso de unificación jurídica iniciado por el absolutismo. De otra, la ley encarnará también la voluntad del órgano que, dentro del Estado, representa a la soberanía […].[9]

Entonces, la tarea de los operadores de justicia se remitirá al acatamiento indiscutible de la ley, y el prevaricato viene a constituirse como un mecanismo de control que la misma ley instituyó para su salvaguarda.

8 García Falconí, José. *El juicio por el delito de prevaricato*. Quito, 3.ª ed., 1995, p. 35.

9 Bernal Pulido, Carlos. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006, p. 34.

## 4. La aplicación directa de la Constitución

La aplicación directa de la Constitución dentro del nuevo escenario constitucional que en Ecuador rige, se constituye como una garantía a la debida aplicación normativa en pos de evitar la restricción del contenido de los derechos, obligando a las juezas, jueces, autoridades administrativas, servidoras y servidores públicos a sobreponer y aplicar los preceptos constitucionales por sobre el resto de la normativa del ordenamiento jurídico. No obstante, se ha observado que esta situación se encuentra limitada por la existencia del delito de prevaricato (fallar en contra de norma expresa), que desnaturaliza al Estado constitucional de derechos en cuanto a considerar la prohibición de fallar en contra de norma expresa, ya que la acepción de malicia o arbitrariedad en las actuaciones judiciales o de administración de justicia es subjetiva, de acuerdo al criterio de quien la interprete.

Nuestra Constitución da al principio de aplicación directa de sus preceptos la obligatoriedad respecto de la aplicación de los derechos reconocidos por ella y los instrumentos internacionales de derechos humanos, independientemente de la existencia o no de una ley que los regule; sobre la eficacia directa de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; y sobre la aplicación de oficio de los derechos por parte de los servidores públicos.

Así, la transición del Estado legalista a un Estado constitucional de derechos demarca nuevos límites para los derechos fundamentales, que no se agotan solamente en su texto, al contrario van más allá de toda lectura *prima facie* que pueda resultar de la prescripción normativa. No olvidemos que los valores establecen a los principios y estos a su vez fundamentan a las reglas, por lo que hay que considerar que siempre existirán derechos implícitos dentro de un derecho fundamental y que demarcar sus límites en el contenido de su texto, nos obligaría a ver al derecho solo por reglas, dejando a los principios derrotados por el mero ejercicio semántico del legislador.

## 5. La aplicación directa de la Constitución como salvaguarda del mandato de optimización de sus principios

Manuel Aragón Reyes, al referirse a la discutible contraposición entre Constitución como norma abierta y Constitución como sistema material de valores, manifiesta que no deben confundirse con los de otra mayoritariamente superada: la contraposición del concepto positivista y el concepto principalista de Constitución. Ya que en la discusión sobre la Constitución abierta o como sistema material de valores se parte de una idea compartida: el carácter teleológico de la norma constitucional, en cuanto se la concibe orientada a la realización de uno o varios principios o, lo que es igual, descansando en uno o varios principios que dotan de sentido a la estructura constitucional; mientras que en la otra discusión ese presupuesto es el que no se comparte.[10]

La aplicación directa de la Constitución viene a esclarecer el deseo del mandato de optimización de los principios; es decir, la norma legal por ser incompleta no abarcará la tutela total de un derecho, dado que el origen de su naturaleza está instituido en la derivación de un principio, aclarando también que existe en su desarrollo un margen de intervencionismo dado por el legislador; esto con el afán de restringir el alcance de su contenido, lo que convierte a los valores y principios constitucionales en los únicos decidores de una verdadera tutela judicial efectiva, y en tanto su aplicación no debe ser obedecida con réplica, advirtiendo que una cosa es el ejercicio interpretativo y otra el concepto de Constitución desde el que se parte.

La primacía de la Constitución dentro de la revisión de los fenómenos jurídicos, así como en el análisis de los escenarios constitucionales que se le pueden plantear al órgano judicial, debe ser entendida como necesaria para la consecución de la justicia; se debe dar una lectura moral al texto constitucional para discernir el alcance del mismo, no se puede concebir a administradores

10 Aragón Reyes, Manuel. *Constitución y control de poder*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 37.

de justicia que no realicen un esfuerzo por develar el verdadero espíritu de la Constitución.

En este punto, puede surgir la inquietud de la problemática del intervencionismo injustificado del órgano judicial, por atacar la tesis de separación de poderes desarrollada por el constitucionalismo, cosa que a primera vista se tornaría en favor del Legislativo como órgano mayoritario controlador del sentido constitucional desarrollado en su producto normativo, pero tómese en cuenta que lo único que se aspira con la aplicación directa de la Constitución es dar luz a la interpretación de los jueces, para lograr que sus decisiones se aparten del texto de la ley cuando infrinja el espíritu del constituyente. El positivismo que encierra la verdad entretejida en el principio de legalidad, no puede ser un obstáculo para la realización plena de los derechos fundamentales.

> Es patrimonio común de la teoría contemporánea del Derecho la consideración de que ninguna norma positiva puede tener una fuerza vinculante efectiva por sí misma, es decir, fuera de los actos de interpretación. A estas conclusiones que implican la obligada relevancia de la reconstrucción de las operaciones desarrolladas por el juez a la hora de aplicar las disposiciones normativas pudo llegarse a través de una confrontación con aquel sentido común extremadamente difundido y difícil de superar que permeabilizaba la mentalidad del jurista positivo, en virtud del cual el juez tenía que limitarse a aplicar la ley excluyendo el recurso a elementos y criterios de naturaleza diferente.[11]

Lo que obliga la figura del prevaricato al fallar contra norma expresa, tácitamente es una obligación de inaplicar directamente los designios de la Constitución, evidenciando la visión positivista de quienes siguen manteniendo vigente a esta norma. Si bien no se pretende instaurar un modelo de control difuso en el Ecuador, lo que se busca es el respeto a la norma máxima como es la Constitución, y sobre todo la verdadera tutela de los derechos fundamentales. De

11 Storini, Claudia. "¿Sobre quién reposa la tortuga? A vuelta con los límites de la interpretación constitucional". *Perspectivas constitucionales*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, p. 3.

esta manera, la prohibición de fallar contra norma expresa, frente a la aplicación directa de la Constitución genera una contraposición, dejando entrever que existen rezagos positivistas dentro de un orden constitucional, y nazca el denominado temor de los jueces.

## 6. El prevaricato como limitación a la aplicación directa de la Constitución

La aplicación directa de la Constitución dentro de las decisiones judiciales no debería ser objeto de controversia, dado el grado de relevancia que tiene el texto constitucional y la debida obediencia que le deben todos los órganos constituidos y la posición obligatoria que sienta su texto, entendiéndose así un paso progresista en cuanto a la superación del pensamiento legalista de un Estado social de derechos, a la toma de un nuevo direccionamiento, enfocado en un Estado constitucional de derechos, en donde la aplicación de la Constitución prima, en función de garantizar los derechos.

Dentro del Estado de corte positivista, en el que la interpretación es netamente formalista y limita a acatar lo que la ley dispone, el prevaricato ejercía un verdadero control de los jueces en cuanto a la prohibición de fallar contra ley expresa (esto de acuerdo al modelo positivista), pero al pasar a un nuevo modelo, el del Estado constitucional de derechos, en donde se reconoce derechos fundamentales, la existencia de un pluralismo jurídico y la diversidad, la norma suprema es la Constitución y su aplicación no deviene de la voluntad, sino de la obligatoriedad sentada por ella misma y se constituye en la principal manera de garantizar los derechos, por lo que la prohibición a los jueces de fallar contra norma expresa tipificada en el delito de prevaricato constituye una norma carente de validez, ya que los jueces en materia de derechos y garantías independientemente de que la norma legal sea válida o no deben responder a la correcta y directa aplicación de la Constitución.

Así, el prevaricato como se encuentra definido actualmente en el artículo 277, numeral 3, es parcialmente aplicable dentro del Estado constitucional de derechos, dado que en muchas ocasiones

los jueces en armonía con el principio de aplicación directa de la Constitución dejarán de aplicar las normas que siendo válidas, amparan derechos en menor grado (en el caso concreto), o normas que sean contrarias a la Constitución; sin que esto devenga en una declaratoria de inconstitucionalidad, sino responda a la aplicación directa de la constitución.

## 7. ¿La prohibición de fallar contra norma expresa es procedente dentro de un Estado constitucional de derechos?

Para Gustavo Zagrebelsky,12 el Estado constitucional por primera vez en la época moderna afecta a la posición de la ley, siendo sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. El Estado constitucional no significa una continuación del Estado de derecho decimonónico; más bien, constituye una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho.

Este nuevo modelo de Estado pretende vincular a la administración a la ley, separando la distinción mantenida con los particulares en defensa del principio de legalidad (es decir, la administración entendida como la aplicadora de justicia, se encuentra inmersa ya de manera directa en la tutela de los derechos y no solo de la ley, y de no hacerlos afrontaría su responsabilidad), por tanto la norma legal ya no constituye la fortaleza del legislador como ente regulador de los límites de los derechos, y más bien crea un camino de control para sancionar sus abusos. Dicha vinculación de la administración no opera solamente como fuente garantizadora de derechos, sino como método correctivo para la fundamentación del propio Estado. El abuso de poder amparado en la norma legal viene a disminuir su fuerza, dada la existencia del control concreto de constitucionalidad del producto legislativo (consulta de constitucionalidad).

12 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid, Editorial Trotta, 8.ª ed., Madrid 2008.

Entonces, a la Constitución se remiten todas las demás normas del Estado, y es ella la que delimita los alcances de los derechos; pues hay que considerar (como deducción de la tesis neoconstitucionalista de Luis Prieto Sanchís), que viene instituida como norma material de la cual se busca su garantía, siendo omnipresente, principalista, infranqueable y aplicable mediante métodos alternativos de interpretación (como la ponderación). Entendida así, se puede establecer que deben ser los jueces los guardianes de su espíritu, dado su contenido sustantivo irradiador al cual se debe acoger todo acto estatal, demarcando los límites de actuación al legislador para que no afecte la vigencia plena de los derechos fundamentales ya que es la Constitución la que ha creado esa línea infranqueable de obediencia.

La producción del derecho, si bien es cierto está dada por el Legislativo, este no delimita de manera definitiva su alcance y por tal su producto no siempre va a ser irradiador y objetivo para todos los casos. La norma actúa como un reflejo del intervencionismo del Estado en las libertades y en los derechos, pero estos siempre tienen que estar fundados en el mandato constitucional, y si en algún caso esa intervención no garantiza de manera eficaz determinado derecho, no puede ser aplicada al ser incompleta (no necesariamente en forma general, solo en los casos que se demande una mayor garantía de los derechos) y es cuando los operadores de justicia deberán buscar en la Constitución que además es abierta la manera de amparar los derechos demandados.

La mencionada irradiación que la norma constitucional emite, constituye un nivel amplísimo de garantía y es en ella que se debe fundamentar la norma positiva, por tal la subsunción no puede determinar de manera definitiva y por el solo hecho de estar estableciendo mediante la pura lógica una cuestión o parte de la verdad sometida a justicia, operar como definidora en una resolución judicial. Se debe tomar en cuenta que esa irradiación (la de la Constitución) está dada para todo el catálogo de derechos constantes en la Constitución, por lo que resulta (aunque complicado de entender) que la irradiación de un derecho puede enfrentarse

con la contra-irradiación (entendida como límite del accionar de un derecho) determinado en la norma positiva.

Dentro de un Estado constitucional de derechos, en donde la Constitución viene a significar la norma máxima y de obediencia inmediata, las decisiones judiciales deben ser sustentadas más allá de la utilización de la simple lógica; se debe analizar además todos los presupuestos fácticos que integren un problema jurídico, siempre bajo la concepción principalista de la Constitución y así poder estructurar una verdadera forma de tutela de los derechos.

En ese contexto, y con los antecedentes descritos, un juez por buscar una mejor tutela de los derechos y su mejor desarrollo (en los casos que la norma no describa con claridad, sea obscura, o presente anomias, o simplemente resulte absurda su contradicción con el texto constitucional) no puede ser procesado por el delito de prevaricato por fallar en contra de norma expresa (aclarando que no en todos los casos sería justificable, es decir procedería tras verificar que sus redes argumentativas sean plausibles), o por realizar un ejercicio de ponderación en donde se establezca que el límite dado a un determinado derecho por la norma no es el definitivo.

Si lo que busca fundamentalmente el Estado constitucional de derechos es el resguardo de la Constitución mediante su aplicación directa, deben entonces los operadores de justicia convertirse en la sustancia clave para dicho objetivo, defendiendo su espíritu garantista y ser filtros infranqueables con el producto del Legislativo. En un Estado constitucional de derechos, un juez siempre estará expuesto a fallar contra norma expresa, dado su papel de protector de la Constitución; en pos de garantizar los derechos fundamentales debe atacar el texto de la ley mediante la argumentación, sin que esto constituya un decisionismo arbitrario en sus fallos.

Por otro lado, se encuentra reconocido constitucionalmente el bloque de constitucionalidad, en donde se plantea que todo convenio, tratado o instrumento internacional que establezca una mejor tutela de los derechos, será directamente aplicable por sobre la normativa del sistema interno, esto en beneficio de un correcto desarrollo de los principios fundamentales, además de plantear un

constante diálogo entre las Cortes, Tribunales y jueces en general para un pleno avance en la tutela judicial efectiva. Tomemos en cuenta que estos convenios o tratados sirven de base para la aplicación de justicia dentro del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos (como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que basa su accionar en la Convención Americana sobre Derechos Humanos), por lo que las resoluciones que de estos emanen incluso pueden ser invocadas para la tutela interna de los derechos.

El Estado constitucional es claro al fundamentar a la Constitución como fuente principalista de su legitimación, y por tanto el prevaricato al señalar la prohibición de fallar contra norma expresa crea una clara controversia: define fuera de foco aspectos positivistas que retrotraen a la administración de justicia a la concepción superada de hegemonía de la ley en pos de la defensa del principio de legalidad (cuestión propia del Estado liberal), por lo que la prohibición de fallar contra norma expresa no es consecuente con el escenario jurídico-constitucional y político establecido en nuestra sociedad.

## 8. ¿Constituye el prevaricato en cuanto a la prohibición de fallar contra norma expresa un rezago del Estado positivista?

Es claro que si establecemos que el Estado de corte positivista (liberal) definía a la ley como norma suprema y al legislador como controlador de su propio producto por el mismo hecho de la primacía del principio de legalidad, se puede deducir que su fundamento se definía en la exigencia de que "el propio Estado fije y determine exactamente los causes y límites de su actividad, así como la esfera de libertad de los ciudadanos, conforme a derecho, y se precisaba que eso no suponía en absoluto que el Estado renunciase a su poder o se redujese",[13] claramente nos direcciona a una predeterminación positiva, y en tanto el único que marca los límites de

13 *Ibíd.*, p. 22.

los derechos será el legislador, plasmándolo en la norma positiva, que era de inmediata aplicación.

Definido así el Estado positivista (liberal), es posible manifestar que la ley era prominente frente a la administración, la jurisdicción y los ciudadanos, y entendía al principio de legalidad como la expresión de "la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte cualquiera sea su forma o fundamento";[14] además que el poder político estaba dado también por la ley.

Entonces, el prevaricato en cuanto a la prohibición de fallar contra norma expresa constituye dentro de este modelo estatal un mecanismo de defensa de la ley más que un método de protección de derechos, esto por la consideración a la posición de la ley (instituida como suprema). Pero si se ha dicho que el Estado constitucional de derechos afectó a la posición de la ley y la sometió a un estado de subordinación a un estrato más alto —'al de la Constitución'—, es preciso concluir que en un nuevo modelo estatal como es el constitucional, que demanda el acatamiento de la nueva norma suprema (la Constitución), el prevaricato en cuanto a la prohibición de fallar contra norma expresa no va a actuar más como medio de fortalecimiento de la ley, ya que no tiene objeto frente a la supremacía de la Constitución, y más bien constituirá un esfuerzo en vano por redimir la supremacía de la ley.

> La teoría positivista por sujetarse al tenor literal del texto y por consiguiente, al elemento psicológico, lleva a rechazar todo tipo de evaluaciones de orden teleológico que permitan al intérprete corregir el contenido de las disposiciones ampliando o limitando su portada.[15]

El Estado positivista, con el solo hecho de definir sus bases en el principio de legalidad, explicaría la vigencia del prevaricato acerca de la prohibición de fallar contra norma expresa. Pero el Estado constitucional al fundar su modelo en la primacía de la

14 *Ibíd.*, p. 24.
15 Claudia Storini, *op. cit.*, p. 3.

Constitución ordena su aplicación directa, incluso contra norma expresa, por lo que se evidencia que el prevaricato como delito en cuanto a fallar contra norma expresa dentro de un Estado Constitucional de derechos y justicia social constituye un rezago del Estado liberal, que lo único que puede crear es un temor judicial que impide la tutela real de los derechos y desnaturaliza al principio de aplicación directa de la Constitución, pudiendo devenir una nueva figura en las actuaciones de los operadores de justicia, como lo es el desacato.

## 9. Bibliografía


Aragón Reyes, Manuel. *Constitución y control de poder.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

_____. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006.

Capella, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*. Madrid, Editorial Trotta, 2.ª ed., 2000.

Corte Constitucional del Ecuador. *Nuevo orden jurídico y constitucional para el Ecuador del siglo XXI.* AA. VV. Quito, 2010.

Donna, Edgardo. *Delitos contra la administración pública*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2008.

Ferrer Barquero, Ramón. *El delito de prevaricación judicial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

García Falconí, José. *El juicio por el delito de prevaricato*. Quito, 3.ª ed., 1995.

Nino, Carlos Santiago. *Fundamento de derecho constitucional*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002.

Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 2005.

_____. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 2.ª ed., 2009.

Sosa Wagner, Francisco. *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, t. I. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

Storini, Claudia. "¿Sobre quién reposa la tortuga? A vuelta con los límites de la interpretación constitucional". *Perspectivas constitucionales*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Madrid, Editorial Trotta, 8.ª ed., 2008.

# Colaboradores

**Carlos Aguirre**

Magíster en Derecho, Mención Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; magíster en Derechos Humanos, Instituto Superior de Postgrado en Ciencias Internacionales, Universidad Central del Ecuador; diplomado superior en Derechos Humanos y Democracia, Mención Justicia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE); doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados del Ecuador, Universidad Central del Ecuador, 2001. En la actualidad, asesor de la Corte Constitucional del Ecuador.

**Pamela Juliana Aguirre Castro**

Secretaria Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador, profesora invitada de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Universidad de Especialidades Espíritu Santo y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador. Presea Honorato Vázquez a la mejor egresada, Universidad del Azuay; diploma en Derecho mención Derecho Constitucional, UASB-E; magíster en Derecho mención Derecho Tributario, UASB-E; máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante. Candidata doctoral (PhD) por la UASB-E.

**Pablo Alarcón Peña**

*Baccalaureus Artium* y abogado, Universidad San Francisco de Quito; diploma superior y magíster en derecho con mención en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Doctorando en Derecho (PhD), Universidad Andina Simón Bolívar 2011-2016. Docente de posgrado del área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador y Universidad de Especialidades Espíritu Santo de Guayaquil. Asesor de Presidencia de la Corte Constitucional del Ecuador.

**Karla Andrade Quevedo**

Abogada, Universidad San Francisco de Quito; máster y doctora (PhD) en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla, habiendo obtenido el título de doctora con calificación sobresaliente *cum laude*. Asesora de la Corte Constitucional del Ecuador.

**Jorge Benavides Ordóñez**

Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; máster en Derecho Constitucional y máster en Filosofía y Cultura Moderna, Universidad de Sevilla, España. Diploma superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Doctorando en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla. Profesor en la Universidad de las Américas y en la Universidad de los Hemisferios; profesor invitado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y Universidad del Azuay. Autor del libro *Los derechos humanos como norma y decisión* (CEDEC, 2012). Actualmente, director ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional.

**Francisco José Bustamante Romoleroux**

Abogado, Universidad de las Américas; LLM en Derecho Energético y Medioambiental, Universidad de Tulane, Nueva Orleans. En la actualidad, especialista constitucional jurisdiccional en la secretaría técnica jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador.

**Jhoel Escudero Soliz**

Máster y doctor (PhD) (c) en Derecho, mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador (UASB-E); licenciado en Ciencias Públicas y Social; doctor en Jurisprudencia, abogado y mediador, por la Universidad Central del Ecuador (UCE). Profesor invitado a la maestría de Derecho Procesal, UASB-E, maestría de Derecho Constitucional, Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES). Exprofesor de Derecho Constitucional, Universidad de las Américas (UDLA). Exasesor de la Corte Constitucional para el Período de Transición del Ecuador.

**Daniel Gallegos Herrera**

Licenciado en Ciencias Jurídicas y abogado de los Tribunales de la República, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito. Especialización Superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Asesor constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador.

**Christian Masapanta Gallegos**

Licenciado en Ciencias Publicas y Sociales, abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; magíster en Derecho Constitucional y magíster en Política Exterior, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E); candidato a doctor (PhD) en Derecho, UASB-E. Asesor de la Corte Constitucional del Ecuador. Docente en la UASB, sedes Ecuador y Bolivia, Universidad de Especialidades Espíritu Santo y Universidad Católica Santiago de Guayaquil.

**Gabriela Melo Flores**

Magíster en Gobierno y Cultura de las Organizaciones, Universidad de Navarra- España. Abogada, Universidad San Francisco de Quito. Asesora de la Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador.

**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, Universidad Messina; doctor en Derecho Constitucional, Universidad de Alicante.

**Pablo Fernando Moya Carrillo**

Licenciado y abogado en Ciencias Jurídicas, Pontifica Universidad Católica del Ecuador. Especialista superior en Derecho Empresarial, Universidad Técnica Particular de Loja; especialista superior (c) en Derecho Procesal, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente, asesor de presidencia de la Corte Constitucional del Ecuador.

**Diego Núñez Santamaría**

Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, Pontificia Universidad Católica del Perú. En la actualidad, investigador del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador.

**Patricio Pazmiño Freire**

Doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; máster en Ciencias Sociales, FLACSO-Ecuador. Doctorando en Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia, España. Ha ejercido la docencia en Programas de Maestría en Derecho Constitucional, cátedra Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Universidad Andina Simón Bolívar en Ecuador y Bolivia y en la Universidad Estatal de Guayaquil. Fue presidente del Tribunal Constitucional del Ecuador (2007-2008); presidente de la Corte Constitucional para el Período de Transición (2008-2012). En la actualidad, presidente de la primera Corte Constitucional del Ecuador (2012-2015).

**Fabián Soto Cordero**

Magíster en Derecho (c) y especialista superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogado de los juzgados y tribunales de la República, Universidad Central del Ecuador. En la actualidad trabaja en el equipo de investigación y capacitación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador.

**Javier Fernando Villacrés López**

Abogado de los juzgados y tribunales del Ecuador, Universidad Central del Ecuador. Diploma superior en Derecho, Mención Constitucional, también magíster (c) en Derecho, Mención Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente, asesor de la Corte Constitucional del Ecuador.