

Manual (crítico) de Garantías
Jurisdiccionales Constitucionales

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos
INREDH

Manual (crítico) de Garantías
Jurisdiccionales Constitucionales

David Cordero Heredia
Nathaly Yépez Pulles

Quito, 2015

Manual (crítico) de Garantías Jurisdiccionales Constitucionales
Serie Capacitación # 31

Editora: Beatriz Villarreal Tobar
Presidenta INREDH

Autor: David Cordero Heredia

Edición final: Nathaly Yépez Pulles

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH

10 de Agosto N34 - 80 y Rumipamba - Edificio Torres, Piso 1 -

(Frente a la parada El Florón, del Trolebus)

Telefax: 593 2 2446970

Correo electrónico: info@inredh.org

Web: www.inredh.org

Edición y diagramación: Comunicaciones INREDH

ISBN: 978-9978-980-51-4

Derechos de Autor: 47111

Impresión: Manuográficas Sandoval

Primera Edición: septiembre de 2015

La presente obra fue realizada en el marco del proyecto “Acceso a los sistemas de justicia y uso de garantías constitucionales para la protección de los derechos humanos en la frontera norte”, apoyada por la Unión Europea

Si bien la presente publicación ha sido elaborada con el apoyo de la Unión Europea, el contenido de la misma es responsabilidad de INREDH, y no refleja necesariamente el punto de vista de la Unión Europea.

Quedan hechos los registros de ley; sin embargo, fieles a nuestros principios de acceso libre y democrático al conocimiento, autorizamos la reproducción total o parcial de esta obra, sin fines comerciales y debiendo remitirse a INREDH una copia de la publicación realizada.

Abreviaturas	8
Introducción	9
Capítulo I.	
El rol de las garantías en el Estado Constitucional	17
1.1. Principios de aplicación de los derechos constitucionales	20
1.2. Las garantías constitucionales	41
1.3. El Derecho Humano a la Tutela Judicial	45
Capítulo II.	
Características y procedimientos comunes de las garantías jurisdiccionales	49
2.1. Proceso de conocimiento.	49
2.2. La Prueba.	51
2.3. Formalidades.	53
2.4. Legitimación activa	57
2.5. Procedimiento común	60
2.6. La sentencia	63
2.7. ¿Qué derechos tutelan?	67
2.8. Revisión de la Corte Constitucional y Jurisprudencia Obligatoria	69
2.9. Medidas cautelares	71
2.10. Ejecución de las resoluciones de garantías jurisdiccionales	73
Capítulo III.	
La acción de protección	79
3.1. Objeto	81
3.2. Derechos tutelados	84
3.3. Legitimación active	86
3.4. Actos y omisiones impugnables y legitimación positiva	90

3.5. Requisitos de admisibilidad	97
Capítulo IV	
El habeas Corpus	105
4.1. Objeto	106
4.2. Derechos tutelados	110
4.3. Legitimación activa	110
4.4. Procedimiento específico y autoridad competente	110
4.5. Presunciones de derecho	111
Capítulo V	
El habeas Data	113
5.1. Derechos tutelados	115
5.2. Objeto y alcance	117
5.3. Sobre la información que se puede solicitar	119
5.4. Restricción del habeas data	123
5.5. Legitimación activa	123
5.6. Legitimación pasiva	127
5.7. Del procedimiento	128
Capítulo VI.	
El acceso a la información pública	133
6.1. Objeto y derechos tutelados	133
6.2. De la información que se puede solicitar	136
6.3. Del trámite prejudicial	141
6.4. Admisibilidad	144
6.5. Procedimiento	145
Capítulo VII	
La acción por incumplimiento	147
7.1. Objeto	147
7.2. Actuación prejudicial	152
7.3. Derechos tutelados	153
7.4. De las obligaciones que pueden exigirse	153
7.5. Legitimación pasiva	155
7.6. Requisitos de admisibilidad	156
Capítulo VIII	
La acción extraordinaria de protección	159
8.1. Objeto	160

8.2. Derechos tutelados	161
8.3. Autoridad judicial competente	162
8.4. Legitimación activa	163
8.5. Actos y omisiones impugnables	165
8.6. Requisitos de admisibilidad	167
8.7. Reparación integral. ¿Acción constitucional o recurso de nulidad?	171
8.8. Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena	176

Capítulo IX

Sobre la reparación integral **179**

9.1. A manera de introducción	179
9.2. La responsabilidad como presupuesto de la reparación integral	183
9.3. Naturaleza de la reparación integral	190
9.4. Alcance de la reparación integral	191

Bibliografía **201**

Anexo

Normas citada **209**

ABREVIATURAS

CRE:	Constitución de la República del Ecuador
COIP:	Código Orgánico Integral Penal
LOGJCC:	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
LOTAIP	Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública
LSNRDP	Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos
SIPDH o SIDH:	Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos
CADH:	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIDH:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Art.:	Artículo
núm.:	Numeral
inc.:	Inciso
pág.:	Página
párr.:	Párrafo

Introducción

Para que opere el cambio de paradigma del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, de la Constitución del 2008, se requiere una serie de modificaciones éticas, políticas y jurídicas del sistema de administración de justicia. La principal es proveer garantías adecuadas y efectivas para la defensa de los derechos humanos. Si bien la Constitución de 1998 ya contenía garantías, como el amparo o el habeas corpus, en la práctica el sistema de garantías jurisdiccionales de protección no funcionó, como muestra clara de un Estado cuya Constitución no es respetada como la norma jurídica de más alta jerarquía, sino como un simple conjunto de lineamientos y directrices, sumado a la falta de jueces y juezas capaces, éticos e independientes.

En los diez años de vigencia de la Constitución de 1998, no existió voluntad de las instancias de administración de justicia constitucional de modificar la forma civilista de aplicación del Derecho, ni de la administración pública de reconocer el carácter vinculante de las resoluciones de la justicia constitucional¹. Lo anterior se constata con mayor intensidad en las acciones que buscaban la reivindicación de los derechos económicos, sociales y culturales, derechos colectivos y de los pueblos

1 Un ejemplo claro del incumplimiento de resoluciones de la justicia constitucional fueron las sentencias emitidas por la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito y del Tribunal Constitucional (Resolución No. 0371-04-RA), que en el año 2004 y 2005, respectivamente, ordenaron, dentro de un proceso de amparo constitucional, a los Ministerios de Salud, de Bienestar Social, de Ambiente y de Agricultura y Ganadería a adoptar medidas inmediatas y adecuadas a favor de la población de la frontera norte del país (Sucumbios), para prevenir y reparar los daños ocasionados por las fumigaciones aéreas de glifosato realizadas en la frontera colombo-ecuatoriana. Ambas resoluciones no fueron ejecutadas por los órganos estatales, razón por la cual las víctimas ecuatorianas presentaron una denuncia de violación de derechos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 15 de febrero de 2006, como su último recurso para obtener reparación por los daños ocasionados por la falta de medidas de prevención y protección que el Estado ecuatoriano debía adoptar frente a los efectos que las fumigaciones ocasionaban en su salud, sus cultivos, las fuentes de agua y al medio ambiente.

indígenas. En estos casos, los jueces y juezas de instancia, así como los miembros del Tribunal Constitucional, no se remitían a la normativa y jurisprudencia internacional, sino que tomaban los criterios del derecho administrativo, civil o penal para sus resoluciones².

Ahora bien, el cambio de Constitución operado en 2008 no es *per se* la solución a la falta de garantías efectivas para los derechos humanos. Siete años de vigencia de la Constitución nos demuestran que sin voluntad política, formación académica y compromiso ético, la realidad no es modificada por la norma jurídica.

En cuanto a la *voluntad política*, varios hitos demuestran que el poder político no puso en su agenda el desarrollo de las garantías judiciales. En primer lugar, en 2009 se emitió la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJYCC o Ley de Garantías)³, la cual limita de forma anti técnica e inconstitucional el ejercicio de las garantías jurisdiccionales⁴. En segundo lugar, las entidades postulantes⁵ no tomaron con seriedad su función para la conformación de la primera Corte Constitucional, así no presentaron a los mejores candidatos a

2 Un ejemplo de esta práctica fue la resolución No. 1103-2007-RA de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, en la que se resolvió, en última instancia, negar el recurso de amparo constitucional a familias que viven en el sector Centro de la ciudad de Quito, conocido como la Ronda, víctimas de amenaza de desalojo por parte del Municipio de Quito. La Corte resolvió el recurso sin motivación, sin analizar el contenido de los derechos amenazados, como el de la vivienda, utilizando criterios de derechos civil:

“Lo que existe, según se desprende del expediente, es que mediante escritura pública otorgada el 20 de Junio de 2007, ante el Notario Vigésimo Cuarto del Catón Quito, el Fideicomiso denominado Inmuebles del Centro Histórico del Cantón Quito, instituido por la Empresa de Economía Mixta Quito Vivienda....celebró el contrato de compraventa para la adquisición del inmueble (...)

Este antecedente da la medida de que una vez inscrita la mencionada escritura, por tanto, perfeccionada la adquisición del inmueble, el nuevo propietario, esto es, el Fideicomiso Inmuebles del Centro Histórico, conforme a la ley, bien podría solicitar el desahucio de los inquilinos que habitan el referido inmueble”.

3 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 52, de fecha 22 de octubre del 2009

4 A lo largo de este trabajo se señalarán las inconsistencias técnicas e inconstitucionalidades de la Ley de Garantías. Las más importantes son: la limitación de la legitimación activa, la residualidad de la acción de protección, la limitación en materia de reparaciones económicas, la limitación temporal de la acción extraordinaria de protección, entre otras.

5 La función legislativa, ejecutiva y de transparencia y control social, deben designar nueve candidatos por cada una para conformar la Corte Constitucional. El proceso de convocatoria y selección está a cargo de una Comisión Calificadora integrada por dos miembros delegados por las funciones del Estado mencionada (Art. 434 CRE y 180 LOGJCC).

esta dignidad; esto ayudado por la forma deficiente de conformación de la Corte Constitucional⁶. En tercer lugar, el Ejecutivo ha amenazado con iniciar juicios a los jueces y juezas que fallen en contra del Estado en materia de garantías jurisdiccionales⁷. En cuarto lugar, la fuerte injerencia del Ejecutivo en la administración de justicia⁸ ha llevado a un miedo generalizado en jueces y juezas sobre la permanencia en sus cargos si fallan en contra del Estado. Sean o no ciertas las sospechas sobre las represalias del Consejo Nacional de la Judicatura⁹, el temor es real y hace que los jueces y juezas piensen muy bien la conveniencia de fallar a favor de los accionantes de una garantía jurisdiccional, no por el mérito de la causa sino por el temor de perder su fuente de ingresos. Finalmente, a la fecha del presente trabajo, se encuentran en curso un paquete de “enmiendas” a la Constitución, impulsadas por el parlamento¹⁰. Dentro de las denominadas “enmiendas” se contemplaba la restricción de la acción de protección, la cual ya está seriamente limitada por la LO-

-
- 6 El único cargo público que no está sujeto a concurso público abierto, y, por tanto a la posibilidad de que las mejores personas puedan ocupar dicho cargo, es el de integrante de la Corte Constitucional.
- 7 El Secretario Jurídico Nacional de la Presidencia, Ab. Alexis Mera, envió un oficio circular al Consejo de la Judicatura (No. T1.C1-SNJ-10-1689) de fecha 18 de noviembre de 2010 en el que se indica que ha existido un abuso de la acción de protección y de las medidas cautelares en aspectos relacionados a la obra pública, por lo cual:
“(…)por disposición del señor Presidente...se instruye que si la instancia definitiva del régimen de la justicia constitucional...otorga la razón a la entidad contratante, es decir, al Estado, inmediatamente se deberá proponer el correspondiente juicio de daños y perjuicios en contra del juez que ocasionó la suspensión o retraso de la obra (...)”.
- 8 Cfr. Luis Pasara, *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*, Fundación para el Debido Proceso; Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad; Instituto de Defensa Legal, 2014, pág. 92-96
- 9 Memorando Circular No. 3524-UCD-2012 en el que el Ab. Diego Zambrano, Coordinador de la Unidad de Control Disciplinario dispone a los Directores Provinciales del Consejo de la Judicatura pongan en conocimiento a los jueces y juezas que:
“(…) se ha debido aplicar sanciones en contra de aquellos jueces que han resuelto favorablemente acciones de protección de actos administrativos, cuyo objeto de reclamación tienen que ver con aspectos de mera legalidad y pueden ser impugnados en vía judicial (...)”.
- 10 La propuesta del parlamento es un total de 17 “supuestas” enmiendas a la Constitución, que abarcan temas como la reelección indefinida de las autoridades de elección popular, competencias de los GADS, la comunicación como servicio público, las atribuciones de Fuerzas Armadas, el régimen jurídico bajo el cual están los trabajadores del sector pública, entre otros. Decimos que son supuestas en razón a que, en línea a lo que se han pronunciado varios juristas, algunas de ellas configuran verdaderas reformas a la Constitución, pues implican restricción de derechos (Ver Amicus curie de Ramiro Ávila y Alberto Acosta presentado ante la Corte Constitucional en el caso No. 001-14-RC).

GJYCC y anulada en la práctica. No obstante, menos mal, este punto fue el único en el que la Corte Constitucional determinó que una limitación de esta naturaleza requeriría de una Asamblea Constituyente para su reforma y no de una enmienda como pretendía el parlamento¹¹.

En cuanto a la *formación académica*, a pesar del amplio desarrollo del Derecho Constitucional en el transcurso del siglo XX, las universidades ecuatorianas le han dado un rol marginal. En la mayor parte de Facultades de Derecho, el Derecho Constitucional se estudia en uno o máximo dos cursos obligatorios, versus la importancia desproporcionada que se le da a la formación en materia civil. Los profesionales del Derecho que hoy ejercen la judicatura provienen de esta tradición formativa, los conocimientos que requieren para desempeñarse como jueces constitucionales obedecen a iniciativas de autoformación, en el mejor de los casos. Esta falta de idoneidad llega hasta las más altas instancias, así ni los jueces y juezas de la Corte Constitucional son, en su mayoría, profesionales que hayan dedicado su práctica o su actividad académica al Derecho Constitucional o los Derechos Humanos, en el mejor de los casos han tomado cursos o han realizado algún tipo de posgrado en la materia¹², lo cual no es suficiente. Las falencias técnicas de la autodenominada “Corte Constitucional para el Período de Transición”, que responden a su conformación política, debían ser superadas con la primera Corte Constitucional, sin embargo no fue así.

11 El 26 de Junio del 2014, el parlamento entregó a la Corte Constitucional (caso No. 001-14-RC), conforme lo establece el art. 443 de la Constitución, la aprobación de la iniciativa de enmiendas constitucionales para que la Corte califique la constitucionalidad su constitucionalidad. Con fecha 31 de octubre de 2014 la Corte emite el Dictamen No. 001-14-DCR-CC, en el que aprueba el cambio de la Constitución por enmienda en 17 puntos, excepto la acción de protección.

12 Según los registros del SENESCYT, el juez Ruiz Guzmán obtuvo una maestría en derechos humanos y justicia constitucional un año antes de ser electo para la máxima magistratura; la jueza Maldonado Sánchez tiene una maestría en Cooperación Internacional y una especialización superior en Derecho Administrativo; el juez Gagliardo Looor tiene una maestría y una especialización superior en ciencias penales y criminológicas; el juez Jaramillo Villa tiene una maestría en derecho del mercado y un diploma superior en derecho económico mención derecho de la empresa, la jueza Ordeñana Sierra tiene una maestría en derecho administrativo mención en derecho de familia y una especialización en derechos humanos; la jueza Molina Andrade tiene una especialización superior en derecho administrativo; el juez Viteri Olvera tiene una maestría en derechos fundamentales y una especialización conferidos el año en que fue seleccionado como juez; la jueza Seni Pinoargote tiene una especialización superior en derecho procesal; y, el juez Pazmiño Freire tiene una maestría en ciencias sociales con mención en estudios amazónicos.

Finalmente, el *compromiso ético* va de la mano con las falencias anteriores. Un juez o jueza integro debería rechazar la injerencia externa y fallar de acuerdo a la Constitución, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con el fin de tutelar los derechos de los seres humanos, a pesar de las consecuencias que una actuación independiente podría generarle. Por otro lado, la falta de preparación de un juez o jueza debería persuadirle de no aceptar una candidatura a la más alta magistratura de nuestro sistema judicial en materia constitucional: la Corte Constitucional. Además, existen posiciones anti técnicas que resultan cuestionables en cuanto a la actuación de la Corte y que benefician directamente a la función ejecutiva, como el hecho de atribuirle la titularidad de derechos humanos al Estado (el Estado ha actuado y ganado en muchos de los casos, como víctima de violación de derechos humanos), mientras que la mayor parte de acciones que llegan a la Corte Constitucional de forma directa o por revisión por parte de seres humanos son inadmitidas¹³.

En el mismo sentido, el compromiso ético tiene relación con los principios establecidos por la Constitución para la convivencia armónica de la sociedad, basada en el respeto a los derechos humanos, de los pueblos y nacionalidades, de los colectivos y de la naturaleza¹⁴. Estos principios no pueden ser considerados como meras formalidades o como un conjunto de buenas intenciones, sino como un verdadero marco regulatorio de la actividad estatal. Los cambios constitucionales gestados en 2011¹⁵, las resoluciones de la Corte Constitucional¹⁶ y la explotación petrolera en el

13 Según datos del Observatorio de Justicia Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y de la Universidad Andina Simón Bolívar, entre 2008 y 2014 la Corte Constitucional ha resuelto 1284 causas, de las 530 han sido presentadas por el Estado, de ellas 312 han sido resueltas a favor del Estado, 191 han sido rechazadas, 12 inadmitidas, 8 aceptadas parcialmente y en 7 se ha declarado la inconstitucionalidad condicionada; lo cual significa una relación de 1.61 a favor del Estado. En cambio, en el caso de las presentadas por particulares, se acepta 302, se rechaza 424, inadmite 5, acepta parcialmente 17 y declara la inconstitucionalidad condiciona en 1; dando una razón de 0.75. En otras palabras, el estado gana en el 62% de los casos y los particulares el 42%, pero más preocupante es el hecho de que el 41% de los casos que llegan a sentencia son presentados por el Estado, cuando la función de las garantías jurisdiccionales era proteger los derechos fundamentales de las personas.

14 Principios positivizados en el preámbulo, en el Art. 3.1 y 11.9 de la Constitución.

15 A través de la consulta popular realizada el 7 de mayo de 2011.

16 Por ejemplo, Corte Constitucional, Dictamen No. 001-14-DCR-CC de 31 de Octubre de 2014 sobre el dictamen de constitucionalidad de la propuesta de enmiendas constitucionales enviadas por la Asamblea Nacional.

parque nacional Yasuní¹⁷, demuestran que los principios de la nueva Constitución no han sido asumidos como vinculantes en el programa de acción gubernamental, sino como un obstáculo que puede ser salvado con interpretaciones poco sustentadas y con el cumplimiento de procedimientos que, si bien pueden tener tintes formales, materialmente contradicen el espíritu de la Constitución.

Por su propia naturaleza, un manual debe facilitar la realización de una actividad, en este caso el uso de las garantías jurisdiccionales, lo cual implica una descripción del campo de aplicación en el que será utilizado. Sin embargo, si se parte de las premisas planteadas sobre la situación actual, el manual debería terminar en este párrafo, afirmando que:

“en las condiciones actuales las garantías jurisdiccionales en el país no son accesibles, cualquier acción que se quiera iniciar en contra del Estado será rechazada, con la indicación de que se siga un juicio contencioso administrativo o negado sin fundamento, en cuanto se refiere a la primera instancia o apelación; o, en caso de acudir a la Corte Constitucional su acción será rechazada in limine o perderá a menos que el Estado se allane, su derrota será mediante una sentencia confusa cuya lectura le dará la impresión de que la Corte le da la razón hasta el inexplicable resultado final.”

Sin embargo, se decidió continuar con este trabajo y presentarlo por las siguientes varias razones: (i) La interpretación que jueces y juezas de instancia, de apelación y de la Corte Constitucional están haciendo de la Constitución, los derechos humanos y sus garantías, es inconstitucional. Los factores que hacen que estas prácticas continúen deberán ser superados eventualmente. (ii) Al reconocer que la situación actual es la continuación de un problema estructural de las garantías y los derechos humanos en el país, las estrategias de protección siguen vigentes. Una resolución infundada (o en muchos casos grosera) de las instancias internas, solo fortalece la posición de las víctimas que acuden a instancias internacionales. (iii) A pesar de que la única función actual de las garantías jurisdiccionales sea la de agotar instancias internas para acudir a sistemas internacionales de protección, estas deben ser agotadas de forma técnica, lo que implica conocer para qué sirve cada garantía y cómo agotarla. (iv) Dado que las inconstitucionalidades de la LOGJYCC son tan eviden-

17 Decisión que se puso en marcha a través del Decreto Ejecutivo No. 74, de fecha 15 de agosto de 2013. El Decreto liquidó al “Fideicomiso Iniciativa Yasuní- ITT”, que buscaba recolectar fondos para evitar la explotación petrolera, y, además, anunció la solicitud de autorización de explotación en el Parque Nacional Yasuní que hizo el Ejecutivo a la Asamblea Nacional. El 03 de octubre de 2013, la Asamblea Nacional aprobó la “Declaratoria de Interés Nacional de la Explotación Petrolera de los Bloques 31 y 43”, ubicados en el Yasuní.

tes, que una futura Corte Constitucional independiente debería revisar y eliminar las disposiciones que limitan las garantías jurisdiccionales, para lo cual resulta útil poder identificar esas falencias. (v) Porque el uso insistente y técnico de las garantías, sumado a una amplia discusión de los fallos, debería generar la percepción de vigilancia social en jueces y juezas, cuyo efecto debería ser disuadirles de actuar de forma no independiente, anti técnica, parcializada o carente de ética.

Estas razones llevan a que el presente manual sea un poco más complejo. No se describirá solamente lo que contiene el sistema normativo (LOGJYCC y jurisprudencia de la Corte Constitucional), sino como debería funcionar (Constitución y jurisprudencia internacional).

En cada capítulo se analizarán las provisiones constitucionales y se contrastará con las normas de la LOGJYCC, advirtiendo al lector que al ser la Constitución jerárquicamente superior a la ley, debería basarse el entendimiento de las garantías en las disposiciones constitucionales y no en las legales.

En conclusión, el manual que tiene en sus manos es un trabajo crítico, que no le hará más fácil acceder al sistema de garantías jurisdiccionales, pero sí entender por qué no funciona, qué actores están impidiendo su funcionamiento y cómo debería funcionar el sistema.

Capítulo I.

El rol de las garantías en el Estado Constitucional

Cuando se habla del cambio de paradigma del Estado de Derecho al Estado Constitucional, no se trata de una invención reciente, sino del intento de instrumentalizar un antiguo deseo del ser humano: que las normas controlen a los poderes y que garanticen los derechos.

Lo anterior, tuvo un significado distinto en el pasado, cuando se sentaron las bases del estado moderno. Así, en la fundación de los primeros estados modernos (Estados Unidos en 1776 y Francia en 1789) lo que se entendía por derechos de los ciudadanos era un conjunto de salvaguardas de derechos subjetivos de las clases privilegiadas frente al estado. Estas clases podían ostentar dichos derechos en razón de su poder político y económico, en particular lo que se pretendía proteger era la vida y la propiedad.

Los derechos que ahora se tratan de garantizar son los “derechos humanos”, una categoría acogida por la comunidad internacional en época de la segunda postguerra y que incluye a todas las personas, independientemente de su condición económica, raza, género, nacionalidad, etc.¹⁸.

La razón de pasar de un estado de derecho liberal (sistema de gobierno caracterizado por la sujeción de los poderes políticos a la ley y el respeto de derechos individuales) a un estado constitucional, es la falencia que demostró el primero para garantizar los derechos fundamentales del ser humano.

A raíz del advenimiento del estado de derecho, las garantías a los derechos a la vida, a la propiedad y a las libertades se viabilizaron mediante el desarrollo de ramas del derecho como el derecho penal y en especial el derecho civil. Dada la extensa regulación que se generó en estos campos, la aplicación de los derechos constitucionales pasó a un segundo plano. Quienes podían ejercer derechos lo hacían acudiendo

18 Art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

a la ley o a la jurisprudencia, no a la constitución. Las constituciones en el estado de derecho eran documentos políticos, declaraciones de principios no vinculantes o de buenas intenciones, pero no normas jurídicas. Los intentos de darle fuerza legal a la constitución tuvieron sus primeros éxitos con el desarrollo de la idea del control constitucional (o *judicial review* en Estados Unidos), con la intención de que al menos en lo referente a lo procedimental (democracia formal: modo de expedir normas jurídicas o conflictos de competencias) se debía respetar la constitución.

En Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia hace su primer ejercicio de control constitucional en 1803, en el caso *Malbury v. Madison* (5 U.S. 137, 1803) en donde determinó la inconstitucionalidad de una ley emitida por el Congreso. En Europa, Hans Kelsen propuso la creación de una corte que se encargue específicamente del control constitucional, idea que fue secundada por varios países alrededor del mundo¹⁹. Sin embargo, el control constitucional que se establecía era básicamente sobre normas jurídicas y no sobre actos del Estado, además sobre la parte orgánica de las constituciones y no sobre la dogmática. El exceso de formalismo, versus la escasa atención a los derechos fundamentales, llevó a que grandes violaciones de derechos humanos (como las cometidas por los regímenes esclavistas, nazi, fascista o del apartheid) se hayan dado cubiertas del halo de legalidad que les concedía el hecho de ceñirse a las normas jurídicas procedimentales, sin importar lo sustancial. Con el fin de la Segunda Guerra, la comunidad internacional vio la necesidad de colocar límites a lo que los estados en uso de su soberanía podían hacer, aun incluso si cumplen todas las formalidades constitucionales. Esos límites son los derechos humanos recogidos en la Declaración Universal de 1948.

La Declaración Universal fue seguida por importantes avances en la construcción de un sistema jurídico supraestatal que proteja a los seres humanos de las violaciones que pueden provocar, por acción u omisión, sus propios estados. Así también en 1948 se adoptó la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y en 1966 se adoptaron los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Una de las disposiciones más importantes de estos documentos fue la obligación internacional de adoptar medidas internas para proteger los derechos humanos²⁰.

19 Enterría Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1981, pág. 56-61.

20 Art. 2 núm. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Art. 2 núm. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La enraizada tradición del derecho civil como sinónimo de estado de derecho, llevó a que varios autores desarrollen el término Estado Constitucional como una respuesta a los cambios que debían adoptarse a nivel interno. Este Estado Constitucional amplifica aspectos básicos del estado de derecho e incorpora algunos aspectos novedosos. Un estado constitucional sería un estado de derecho en donde: (i) la Constitución es una norma jurídica y como tal puede ser aplicada por cualquier juez o jueza de manera directa y obligatoria; (ii) debe existir un sistema de justicia que haga efectivos los derechos contenidos en la Constitución con la obligación de tutelar los derechos aún en caso de que no exista normativa inferior que desarrolle los contenidos constitucionales; (iii) los derechos constitucionales son límites efectivos a lo que las instituciones democráticas pueden decidir, aun cuando representen los deseos de la mayoría de la población.

La tutela de la Constitución fue encargada al sistema de justicia, para lo cual se establecieron principios de aplicación de los derechos constitucionales, un sistema de garantías y se elevó a nivel constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva. Estas tres facetas de la actual Constitución serán desarrolladas a continuación.

Características de un Estado Constitucional:

- (i) La Constitución es una norma jurídica y puede ser aplicada por cualquier juez o jueza
- (ii) Debe existir un sistema de justicia que haga efectivos los derechos constitucionales
- (iii) Los derechos constitucionales son límites efectivos a las instituciones democráticas y al poder

1.1. Principios de aplicación de los derechos constitucionales

El artículo 11 de la Constitución de 2008 consagra un catálogo de principios sobre los efectos de los derechos constitucionales en los distintos ámbitos de ejercicio del poder público, social y económico. Varias de las disposiciones contenidas en este artículo recogen desarrollos normativos realizados por instancias internacionales de vigilancia y promoción de los derechos humanos, así como de la jurisprudencia de cortes de otros países y del propio Tribunal Constitucional. Su inclusión como norma positiva responde a la necesidad de evitar interpretaciones restrictivas a la fuerza que se pretende dar a los derechos fundamentales en la Constitución de 2008 y es en donde más se puede notar la influencia de las nuevas corrientes del Derecho Constitucional Contemporáneo y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

1.1.1. Principio de exigibilidad

El artículo 11.1 señala que “[l]os derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento”. De este postulado se pueden analizar tres aspectos importantes: (a) la posición jurídica de los titulares de derechos; (b) la posibilidad de la acción colectiva; y (c) las obligaciones que adquiere el Estado en función de estos derechos.

En cuanto a la **posición jurídica**. Las personas podrán “ejercer, promover y exigir” los derechos fundamentales, estas tres acciones implican actitudes positivas hacia los derechos. *Ejercer* significa tomar la decisión de actuar dentro del ámbito de un derecho, por ejemplo cuando alguien ejerce la libertad de expresión al realizar una declaración pública o ejercer el derecho a la educación al inscribirse en una universidad pública. *Ejercer* significa que la persona que decide hacer uso de un derecho constitucional no puede ser detenida arbitrariamente por el Estado o por los demás miembros de la sociedad. *Promover* significa apoyar a otras personas a conocer y ejercer sus derechos e incluye un abanico de posibilidades de acción desde la capacitación hasta el patrocinio de causas judiciales. Las personas que se dedican a la promoción de los derechos son denominadas como Defensores y Defensoras de los Derechos Humanos y tienen derecho a una protección especial por parte de los estados según el Derecho Internacional²¹. *Exigir* los derechos entra en un segundo

21 Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmen-

momento. Los derechos “exigibles” tiene una doble dimensión: Primero, evoca al principio de normatividad de la constitución, por el cual toda y cada una de sus normas son normas jurídicas y, por tanto, implican obligaciones de dar, hacer o no hacer al sujeto pasivo de las mismas. No son meros planes programáticos o buenas intenciones. Segundo, implica que cuando el ejercicio y la promoción de derechos, que deberían ocurrir libremente en la sociedad, son coartados por los poderes políticos, económicos o sociales, se hace indispensable contar con mecanismos que obliguen a los infractores a eliminar las barreras impuestas o reparar los daños provocados. Estos mecanismos son las garantías constitucionales.

En cuanto a la **posibilidad de la acción colectiva**. La Constitución de 2008 supera las concepciones individualistas predominantes en la teoría liberal de los derechos humanos. Las libertades fundamentales, desde el concepto tradicional de derechos, son inherentes a la condición de individuo y se ejercen o se violan de la misma manera, es decir, individualmente. Los derechos considerados como colectivos eran tradicionalmente relacionados a grupos culturales, se les denominaba como derechos de tercera generación y su exigibilidad estaba en discusión versus el sólido sistema de protección de los derechos civiles y políticos. La formulación del artículo 11.1 se debe leer de tres maneras. (1) Supera la concepción de que los “derechos colectivos” no tendrían forma de ser exigibles, como puede ser el caso de nacionalidades indígenas exigiendo su derecho a la consulta previa o grupos LGBT exigiendo su derecho a no ser discriminados en las leyes. (2) Reconoce que existen formas colectivas de exigir derechos que tradicionalmente han sido concebidos como individuales, como la posibilidad de que grupos de periodistas exijan el derecho a su libertad de expresión o grupos religiosos exigiendo que se eliminen barreras legales para el desarrollo de sus prácticas religiosas. Finalmente, (3) Reconoce que existen formas individuales de exigir derechos que han sido considerados como colectivos, mientras que con la concepción tradicional el derecho a la educación era un plan de acción o un derecho programático y por tanto se requeriría demostrar una afectación masiva para determinar su violación²². Con el ejercicio

te Reconocidos Resolución Aprobada por la Asamblea General de Nacionales Unidas (A/RES/53/144) de 8 de marzo de 1999. De igual forma, en el Segundo Informe sobre Situación de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012)

- 22 Este criterio incluso fue sostenido por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos hasta su sentencia *Cinco Pensionistas vs. Perú*. En este caso, la Corte señaló la necesidad de demostrar una afectación masiva al derecho a la seguridad social para considerarlo violado (Sentencia de 28 de febrero de 2003. Fondo, Reparaciones y Costas párr. 147. Como se esperaba, la sentencia fue duramente criticada por varios juriconsultos y sectores sociales.

individual de los derechos una persona a la que se le haya negado el acceso a la educación o a la salud podría demandar al Estado por la violación de dicho derecho.

Finalmente, el Estado adquiere con los derechos, obligaciones de respeto y garantía. Mientras que el “ejercicio” de derechos implica una actitud negativa del Estado, en el sentido de abstenerse de realizar acciones que impidan el ejercicio de los derechos, en cambio, el postulado de las autoridades “garantizarán [el] cumplimiento”²³ implica que, además, deberá tomar acciones positivas para permitir dicho ejercicio. Estas acciones positivas son amplísimas ya que pueden ir desde dictar leyes que regulen una actividad, eliminar barreras culturales o históricas para el ejercicio de derechos o impedir que entes privados coarten el ejercicio de los derechos hasta generar condiciones para su libre ejercicio.

La exigibilidad de los derechos en la Constitución

- No cabe duda de que todos los derechos pueden ser exigidos.
- Los derechos individuales pueden exigirse de forma colectiva.
- Los derechos colectivos pueden exigirse de forma individual.

1.1.2. Principios de igualdad y no discriminación

El artículo 11.2 consagra los principios de igualdad y no discriminación. Como lo ha dicho la Corte Interamericana en su jurisprudencia, los principios de igualdad y no discriminación constituyen las dos caras de una misma moneda²⁴. Mientras que bajo el principio de igualdad “[t]odas las personas son iguales y gozarán de los

No obstante, al parecer, existe una fuerte tendencia dentro de la misma Corte en corregir y cambiar esta desafortunada línea de jurisprudencia hacia la exigibilidad directa de los DESC (Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Suárez Peralta vs. Ecuador, de 21 de mayo de 2013.)

23 Art. 3.1 Constitución

24 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 10.

mismos derechos, deberes y oportunidades”²⁵, el principio de no discriminación prohíbe todo trato injustificado que vaya en contra del principio de igualdad. Constituyen, por tanto el derecho y la obligación que este conlleva.

El **principio de igualdad** en la Constitución de 2008 no está consagrado en la tradicional fórmula de que todas las personas son iguales ante la ley, la cual restringía el reconocimiento de la igualdad a la “igualdad formal”. La igualdad formal no considera que, ante las condiciones de discriminación estructurales que existen, dar el mismo trato a personas en situaciones diferentes puede afectar sus posibilidades de ser iguales y gozar de los mismo derechos (igualdad en la ley e igualdad en derechos). Para dejar aún más clara el espíritu de esta norma, la Constitución dispone que “[e]l Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”²⁶.

Derecho a la igualdad

- Igualdad formal (igualdad abstracta ante la ley)
- Igualdad material (toma en cuenta las diferencias, igualdad en derechos)

El segundo aspecto es el principio de no discriminación. Existe discriminación cuando (i) el trato diferente es injustificado a personas que se encuentran en una situación equiparable, (ii) se produce en razón de una categoría sospechosa o de cualquier categoría; y, (iii) tiene por objeto o resultado la violación de un derecho fundamental. Así, no es discriminatorio negarle el acceso a un concurso público a una persona que no cumple con los requisitos establecidos si estos son razonables y, en cambio, si existe discriminación cuando un juez, jueza o corte dicta sentencias contradictorias en dos casos en donde existen analogía de hechos.

Respecto a la *razonabilidad de una distinción*, debería apuntar a una finalidad legítima (como exigir que quienes accedan a la judicatura tengan un título en Derecho), sin

25 Art. 11 núm. 2 inc. 1 de la Constitución

26 Art. 11 núm. 2 inc. 2 de la Constitución

embargo, históricamente, se han excluido a ciertos grupos por situaciones de odio, machismo, religión o ignorancia, estas categorías son recogidas en las constituciones y tratados y se denominan “categorías sospechosas”. Una categoría sospechosa implica que si una autoridad da un trato diferente en razón a una de estas categorías, tendrá una carga fuerte de justificar esa decisión, caso contrario se presume de derecho el trato discriminatorio. En la Constitución de 2008 las categorías sospechosas recogidas son: “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 [y] diferencia física”²⁷. Este catálogo no significa que no se pueda dar discriminación por otras razones, simplemente que fuera de las categorías sospechosas quien alega la discriminación y la autoridad que adopta la decisión comparten el peso de probar que la medida es o no discriminatoria, así las Constitución prohíbe la discriminación por “cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente”²⁸.

Finalmente, la Constitución establece que un acto discriminatorio podrá tener por “objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”, lo cual implica que no tiene relevancia la finalidad perseguida por la medida, sino el resultado que produzca en la realidad. Así, si una medida aparentemente legítima, como la construcción de un hospital, podría ser discriminatoria si no contiene medios de acceso para personas con algún tipo de discapacidad motriz y que, por tanto, no pueden gozar de su derecho a la salud como las personas que no tienen esa condición.

Discriminación	Trato diferenciado justificado
<ul style="list-style-type: none"> • Trato diferente injustificado • La distinción es subjetiva. Se da en razón de una categoría, en especial sospechosas, que son motivos por los que históricamente las personas son discriminadas. • Tiene por objeto o resultado menoscabar derechos 	<ul style="list-style-type: none"> • Trato diferente justificado. • La distinción es objetiva. Generalmente para equiparar las oportunidades de los grupos de la población históricamente discriminados. • La distinción persigue fines legítimos e imperiosos, es razonable y proporcional

²⁷ Art. 11 núm. 2 inc. 2 Constitución

²⁸ Ídem

Ej. Negar un cargo a una persona por su discapacidad.	Ej. Establecer un porcentaje obligatorio de trabajadores con discapacidad.
---	--

1.1.3. Principios de aplicación directa y de justiciabilidad

El numeral 3 del artículo 11 de la Constitución establece los principios de aplicación directa y justiciabilidad²⁹. El **principio de aplicación** directa implica que no se requiere una norma infra-constitucional que desarrolle el contenido del derecho, los presupuestos fácticos para su aplicación o los procedimientos para exigirlo. Para que esta norma pueda ser aplicada por cualquier autoridad pública o cualquier miembro de la sociedad bastaría su invocación dentro de un procedimiento administrativo o judicial. Este principio tiene dos consecuencias prácticas: (i) este derecho podría ser esgrimido dentro de cualquier pleito judicial, proceso administrativo o actividad privada, aun cuando cuenten con una regulación infra-constitucional específica. Por ejemplo, podría ocurrir en un proceso de inquilinato en que el arrendatario invoque para detener su desahucio su derecho humano a la vivienda en lugar de usar las excepciones perentorias de la ley de inquilinato; o cuando en un procedimiento penal la persona acusada pide al juez la sustitución de la prisión preventiva alegando el derecho a la alimentación y a la salud de sus hijos; (ii) se pueden iniciar acciones para tutelar el derecho ante falta de norma infra-constitucional. Esto significa que los jueces no pueden rechazar una acción que busque la tutela de un derecho constitucional por el sólo hecho de que su contenido no haya sido aún desarrollado. Para esto, toman importancia la aplicación de las técnicas de argumentación como la ponderación, los test de proporcionalidad o de razonabilidad de las acciones estatales o privadas que sean impugnadas, así como el uso de estándares internacionales. Por ejemplo, en el caso de que una persona alegue la violación a su derecho al medio ambiente sano por una actividad no prohibida ni regulada, en ese caso el juez debería revisar el daño real provocado al demandante y

29 Art. 11 núm. 3 Constitución.- 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.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales 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 desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

la peligrosidad de la actividad del demandado versus el derecho a la libertad general del demandado de hacer lo que no está prohibido por la ley.

Esta norma además contempla el **principio de exigibilidad**. En base a este principio todo derecho contempla obligaciones positivas y negativas, cuyo incumplimiento conlleva la responsabilidad del sujeto pasivo. Además, el artículo citado contempla la prohibición de condicionar el ejercicio de los derechos al cumplimiento de requisitos no contemplados en la constitución o la ley. Esta disposición debe ser leída en conjunto con lo dispuesto en el artículo 11 numeral 4, el cual prohíbe que los derechos sean restringidos en la ley. La prohibición de exigir requisitos para el ejercicio de los derechos no es entonces formal, en el sentido de que proscriba solamente los requisitos no contemplados en la ley, sino que aún si están los requisitos contemplados en la ley tienen que ser razonables y tener la finalidad de facilitar el ejercicio del derecho, más no restringirlo. Un ejemplo de abuso en la imposición de formalidades y requisitos para el ejercicio de derechos mediante una ley es la LOGJYCC que, como se sostiene en el presente trabajo, limita excesivamente e incluso anula en algunos casos, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por muchas décadas esta característica esencial de los derechos humanos fue ampliamente discutida en cuanto, especialmente, a los derechos económicos, sociales y culturales, sin embargo el desarrollo de la jurisprudencia internacional³⁰ ha demostrado que la división entre los derechos económicos, sociales y culturales y los civiles y políticos, no obedece a diferencias estructurales entre los derechos, sino a factores de ideología política y voluntad de cumplimiento de los derechos funda-

30 Por ejemplo, en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (Sentencia de 17 de junio de 2005 Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 162 y 163) la Corte IDH señaló que el derecho a la vida digna implica que las personas gocen de unas condiciones mínimas como salud, vivienda, educación, etc. De igual forma, en el Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (Sentencia de 4 de Julio de 2006, párr. 124-136), la Corte sostuvo que se requieren de unas condiciones mínimas de atención de salud para el tratamiento de personas con discapacidad mental.

Entre los primeros fallos de justiciabilidad directa de los DESC, se destaca las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la India, en el caso *Municipal Council Ratlam vs. Vardhichand and others* de 1980, en el que se ordenó al municipio de Ratlam proveer agua, saneamiento y sistemas cloacales a los afectados por el hedor y los desagües abiertos.

Otro caso emblemático es el del Tribunal Constitucional de Sudáfrica en el caso “*The Government of the Republic of South Africa and others vs. Grootboom, Irene and others*” del año 2000, en el que la Corte a partir del análisis de plazo razonable, se determinó que el gobierno al haberse demorado siete años para la implementación de un programa de vivienda de bajo costo implicaba

mentales³¹. Las obligaciones genéricas (respeto y garantía) que los Estados tienen respecto a todos los derechos humanos son las mismas, pero se manifiestan en obligaciones específicas que responden a las particularidades de cada derecho. Así, por ejemplo, la obligación de prestar los derechos sin discriminación ha hecho que se puedan exigir derechos como la salud o la educación; así mismo, la obligación de respeto del contenido mínimo de los derechos a hecho que se tutele el derecho a la vivienda, al detener desalojos forzosos que fueron ordenados sin un proceso previo independientemente del estatus legal de las personas que vivían en los predios.

Finalmente, la posibilidad de exigir el cumplimiento de esa obligación o la reparación por el daño provocado ante un juez o jueza competente se conoce como el **principio de justiciabilidad**. Lo anterior significa que las personas pueden acudir a cualquier órgano judicial para pedir la tutela de sus derechos, para lo cual el juez o jueza deberá interpretar los derechos constitucionales de manera que establezca las obligaciones correlativas al derecho que han sido incumplidas y de esta manera determinar la reparación adecuada, aun cuando no exista legislación infra-constitucional que desarrolle el derecho (principio de aplicación directa). En el caso de los DESC resulta particularmente importante este principio, ya que la Constitución resolvió la discusión sobre la posibilidad de exigir y proteger judicialmente a los DESC.

Aplicación directa y exigibilidad de los derechos

- No se requiere una norma infra-constitucional que desarrolle su contenido.
- Los derechos se pueden invocar en cualquier pleito judicial, aun si existe ley
- Se pueden presentar acciones si no hay norma infra constitucional
- Se prohíbe condicionar el ejercicio de los derechos a requisitos no contemplados en la constitución o la ley

31 Abramovich Victor y Courtis Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Segunda Edición, Madrid, 2004, pág. 23-25.

- Los requisitos de la ley no deben restringir los derechos, Deben facilitar su ejercicio.

1.1.4. Principio de no restricción

El principio de no restricción de los derechos se encuentra contemplado en el art. 11 núm. 4 de la Constitución³². Los Derechos Humanos otorgan a las personas posibilidades de acción que muchas veces resultan incompatibles con las posibilidades de acción de otras personas. La máxima de que: “las libertades de uno terminan donde empiezan las libertades de otro” demuestra que, aún en la cultura popular, existe la idea de que los derechos deben ser limitados de manera que se optimice o se permita el ejercicio de los derechos de todos los miembros de la sociedad. El derecho general de libertad³³ va siendo limitado por la prohibición de ciertos actos que puedan dañar a otros miembros de la sociedad. Así por ejemplo, se podría entender, dentro del derecho general de libertad, el uso de armas de fuego, pero la prohibición de matar le genera un límite en función de la protección del derecho a la vida. Sin embargo, estos límites de los derechos deben estar controlados de manera que dichos límites resulten razonables y no hagan que en la práctica el derecho deje de existir.

La jurisprudencia internacional provee algunas directrices de cómo controlar los límites a los derechos: (i) la limitación legal debe estar constitucionalmente aceptada; (ii) la limitación debe realizarse mediante una ley en el sentido formal respetando los lineamientos constitucionales; y, (iii) la limitación debe obedecer a un fin constitucionalmente protegido³⁴. Es decir, a la protección de una norma de la misma jerarquía que la limitada, en consecuencia un derecho humano sólo puede ser limitado por otro derecho humano. La disposición contenida en el artículo 11 punto 4

32 Art. 11 núm. 4 de la Constitución.- Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

33 Alexy explica el principio general de libertad en su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda edición, Madrid, 2008, pág. 186 y ss.

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva, OC-6/86 del 9 de Mayo de 1986, La Expresión “Leyes” En El Artículo 30 de La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Solicitada Por El Gobierno De La República Oriental Del Uruguay, párr. 35

no puede ser entendida como la prohibición de la limitación de derechos, sino como la prohibición de la limitación ilegítima de los mismos. Es decir sería restrictiva una medida que no cumpla con los tres presupuestos ya mencionados³⁵.

La autorización Constitucional de la limitación legal significa que en la formulación del derecho debe estar explícitamente autorizada la limitación del derecho mediante la ley³⁶. Esto ocurre en los casos en los que encontramos fórmulas como “su ejercicio será regulado por la ley”, “Los requisitos para su cumplimiento serán establecidos por la ley”, “existirá una ley que regule su ejercicio”, “sus alcances y efectos serán regulados por la ley”, etc. Los demás derechos deben entenderse como que no pueden ser limitados más allá de lo establecido en la constitución o los que pueda establecerse para la garantía de otros derechos en casos concretos de colisión de derechos. Las disposiciones infra-constitucionales que no cumplan con este requisito se deberán considerar restrictivas, violatorias del artículo 11 numeral 4 y, por tanto, inconstitucionales.

Este principio no se cumple cuando a una persona se le exigen requisitos que no se encuentran contemplados en la constitución para el ejercicio de un derecho y que excluyen a una parte de la sociedad, por ejemplo, cuando se exige ser ecuatoriano para acceder al bono de la vivienda, que es una política orientada a la garantía del derecho a la vivienda. Otro ejemplo de restricción de un derecho es cuando se exige a los padres extranjeros de niños nacidos en el Ecuador tener un estatus migratorio regular para inscribir a sus hijos, lo cual viola el derecho a la nacionalidad.

El segundo requisito se refiere a que, aun cuando la limitación legal de un derecho este expresamente autorizada por la norma constitucional, dicha *limitación sólo puede realizarse mediante una ley en sentido formal*. Esto quiere decir que no se puede limitar los derechos por otra fuente que no sea la ley, entendida como el acto legislativo de efecto general realizado por el órgano competente para adoptarlo y siguiendo el

35 Un ejemplo de restricción de los derechos a través de una norma infra constitucional, fueron las disposiciones derogadas de los Códigos y Reglamento a los Códigos de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, que establecían un trato discriminatorio entre las personas privadas de libertad, ya que no se permitía gozar del beneficio de prelibertad, aun cumpliendo con los requisitos, a reincidentes, a los habituales, a quienes se hubieran fugado o intentado fugarse. La Corte Constitucional, después de una acción de inconstitucionalidad interpuesta por INREDH y el Centro de Derechos Humanos de la PUCE, declaró que las normas mencionadas quedaban derogadas por ser contrarias al principio de igualdad y no discriminación (Sentencia 0040-2007-TC).

36 Art. 30 Convención Americana de Derechos Humanos.

procedimiento constitucional para hacerlo³⁷. En Ecuador el único órgano competente para crear leyes es la Asamblea Nacional. Además, existen dos tipos de leyes que se diferencian por su materia y por el trámite que se debe seguir para aprobarlas. En el caso de la limitación de derechos humanos, el artículo 133 establece que los límites o la regulación de derechos y garantías debe hacerse mediante ley orgánica, lo cual significa que se debe seguir, además, el procedimiento de mayoría calificada descrita en el mismo artículo. No cumplirían este requisito las limitaciones contenidas en una ley ordinaria o las establecidas en reglamentos, actos administrativos de carácter general, ordenanzas, acuerdos ministeriales, instructivos, etc.

El último requisito es de carácter material e implica que no toda limitación que esté constitucionalmente autorizada, y que se establezca mediante una ley orgánica, es constitucional bajo el estándar del artículo 11 numeral 4. La limitación debe además perseguir la garantía de otro derecho humano y no limitar de forma desproporcionada el derecho. Para determinar el cumplimiento de este requisito resulta útil la aplicación de un test de razonabilidad por el cual la limitación debería: ser idónea para alcanzar el fin legítimo de la medida, ser necesaria para la consecución de dicho fin y debe estar diseñada de manera que el grado de limitación de un derecho sea proporcional a la necesidad de satisfacción del otro³⁸.

En conclusión, la restricción de los derechos se debe entender como la limitación ilegítima de los mismos, la cual está prohibida por la constitución y otorga a las personas el derecho de acudir a la autoridad judicial pertinente para que declare inconstitucional o anule dicha restricción y a exigir las reparaciones adecuadas por los daños provocados por dicha restricción.

Directrices para controlar los límites a los derechos

- La limitación legal debe estar permitida en la Constitución
- La limitación debe realizarse mediante una ley en el sentido formal

37 Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-6/86 del 9 de Mayo de 1986, párr. 27

38 Luis Prieto Sanchis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en Carbonell Miguel (Ed.) Neoconstitucionalismos, Editorial Trotta, Segunda Edición, Madrid, 2005, pág. 150-151

- La limitación debe respetar los lineamientos constitucionales
- La limitación debe obedecer a un fin constitucionalmente protegido

1.1.5. Principio de interpretación pro homine

El numeral 5 del artículo 11 de la Constitución consagra el principio *pro homine*, en aplicación de este principio “[e]n materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”. La norma circunscribe la aplicación de este principio a dos ámbitos: (i) el de la selección del derecho aplicable; y, (ii) el de la interpretación del derecho aplicable.

En cuanto a la *selección del derecho aplicable*, la norma constitucional consagra una forma nueva de selección del derecho aplicable (versus los principios civilistas de jerarquía, temporalidad y especialidad), esta es la de norma más favorable a la vigencia de los derechos humanos. Bajo esta perspectiva, y acorde al pluralismo creado por la Constitución, los agentes del Estado deben seleccionar las disposiciones que contengan un ámbito de protección más amplio al ser humano, que aquellas que tienen un ámbito restringido. Por ejemplo, el artículo 67 de la Constitución que determina que el matrimonio es la unión entre hombre y mujer contiene un estándar menor de protección que el artículo 17 numeral 2 de la Convención Americana³⁹ que reconoce el derecho al matrimonio de todo hombre y toda mujer. En caso de una petición administrativa o procedimiento judicial, el juez o jueza de la causa debería aplicar la Convención Americana.

En cuanto a la *interpretación del derecho aplicable*, el principio pro homine opera como una carga de argumentación en el sentido que, en caso de existir más de una interpretación probable de los textos normativos, el agente estatal deberá escoger aquella que más favorezca los derechos del ser humano. En procesos en que el bien que se opone a la pretensión del solicitante o accionante no corresponde a un derecho humano, en

39 Artículo 17 Protección a la Familia

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

caso de duda de interpretación se debería escoger la fórmula que permita tutelar el derecho fundamental. Resulta contrario a este principio cualquier otro que permita la tutela de bienes jurídicos ajenos al ámbito de aplicación de derechos como el principio *pro legislatore*⁴⁰ o el principio de presunción de legitimidad de los actos administrativos, los cuales solo tendrían lugar si un derecho humano no está involucrado⁴¹.

Interpretación pro homine

- Si existen más de una norma aplicable: seleccionar la que contengan un ámbito de protección más amplio al ser humano
- Si hay más de una interpretación aplicable: seleccionar la que más favorezca los derechos del ser humano

1.1.6. Principio de universalidad e integralidad de los derechos

La Constitución señala que los principios y derechos son “son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”⁴². Luigi Ferrajoli caracteriza a los derechos fundamentales por su **universalidad**. Para el jurista italiano, lo que diferencia estos derechos de los demás es la categoría lógica de su atribución universal, toda persona tiene derechos fundamentales y, por tanto, no puede perderlos. El derecho de dominio no es un derecho fundamental, ya que sólo lo tiene quien ostenta un título de dominio y este excluye a los demás de la posibilidad de afectar ese derecho. Por el contrario, los derechos fundamentales no dependen de título alguno, ya que su titularidad proviene de la pertenencia a la especie humana. En un conflicto en que las dos partes son seres humanos y alegan la violación o el ejercicio de un derecho humano, el triunfo de una parte sobre la otra no significa que una carezca del derecho humano, sino que se encontraba en una posición jurídica⁴³ que no le permitía ejercerlo de la manera en que pretendía hacerlo.

40 Art. 76 núm. 3 LOGCYCC

41 Sentencia de la Corte Constitucional N. 0 001-10-SIN-CC, pág. 50 sobre la constitucionalidad de la Ley de Minería.

42 Art. 11 núm. 6 de la Constitución.

43 El jurista Robert Alexy en su obra Teoría de los Derechos Fundamentales (2008, pág. 155) explica la diferencia entre norma y posición jurídica; mientras la primera se refiere al enun-

Si los derechos son universales, entonces no existe manera de perderlos (en lógica lo universal solo lo es si no permite la exclusión de ningún elemento) por lo que dichos derechos son “*inalienables, irrenunciables*”⁴⁴ e *inembargables*⁴⁵. Estas características significan que los derechos no pueden ser transmitidos o vendidos, como ocurre claramente en los derechos patrimoniales. No se puede alegar la renuncia del derecho por parte del titular para su conculcación; así, no cabe la renuncia a un abogado en un proceso judicial, a la no realización de la consulta previa de un pueblo indígena, o la no participación en la educación básica, por colocar algunos ejemplos. Las categorías de transmisión y la renuncia de los derechos patrimoniales se refieren a actos supuestamente voluntarios, mientras que la característica de *inembargables* se refiere a la decisión externa (especialmente estatal) de suprimir derechos humanos.

Derechos constitucionales	vs. Derechos patrimoniales
Derivados de la dignidad humana Universales Irrenunciables inalienables e <i>inembargables</i>	Requiere un título de dominio Personales Renunciables Se pueden ceder, vender, transferir

El **principio de integralidad** se refiere a que los derechos humanos son manifestaciones de un grupo de necesidades de trato digno al ser humano. Ninguna de estas necesidades de respeto puede ser ignorada sin afectar la dignidad humana y, por tanto, violar un derecho humano. En consecuencia los derechos humanos son “*indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía*”⁴⁶. En este sentido, no se podría

ciado normativo general o, como dice el jurista, es una norma universal (todas las personas tienen derecho a...), en cambio, la segunda se refiere al derecho individual que se verifica en el enunciado normativo individual (x tiene derecho a...).

44 Art. 11 núm. 6 de la Constitución.

45 Una consecuencia de la universalidad de los derechos es la imposibilidad de que cierto grupo de personas sean privadas del derecho en cuestión. La universalidad es una categoría lógica que implica la titularidad de todas las personas, si sólo un grupo de personas son titulares de un derecho, este derecho no puede ser considerado un derecho fundamental, como ocurre con los derechos patrimoniales. Para una discusión sobre las consecuencias lógicas y jurídicas de la universalidad de los derechos fundamentales ver: Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

46 Art. 11 núm. 6 de la Constitución

alegar el cumplimiento de un derecho humano para justificar la violación de otro, como ocurre con los pueblos de la Amazonía a los que tradicionalmente se les ha condicionado el acceso a educación, trabajo o atención médica a que acepten actividades contaminantes en sus territorios que implican la afectación a su derecho al ambiente sano y a la salud. La *interdependencia* implica que, al ser cada derecho el reflejo una necesidad de respeto a la dignidad humana, la violación a un derecho tiene repercusiones en el ejercicio de los demás, lo cual debe ser valorado tanto en la implementación de políticas públicas que los afecten, como en las medidas de reparación que se dicten en caso de violación de derechos, así la violación del derecho a la alimentación adecuada impide a los niños y niñas gozar adecuadamente de su derecho a la salud o a la educación. La *igual jerarquía* implica que todos los derechos humanos cuentan con igual valor o peso abstracto⁴⁷, si bien las condiciones de un caso concreto puedan hacer que un derecho ceda ante otro, en abstracto los derechos no tienen jerarquías. Esto termina *de jure* con los debates sobre las generaciones de derechos, de las libertades sobre los derechos sociales, o de los derechos individuales sobre los derechos colectivos.

1.1.7. Principio de la dignidad humana o de cláusula abierta

El artículo 11 numeral 7 de la Constitución de 2008⁴⁸ (al igual que el artículo 19 de la Constitución de 1998), reconocen la existencia derechos humanos, que no están reconocidos en la Constitución o en instrumentos internacionales, que se deriven de la dignidad humana. La referencia a la “dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades”⁴⁹ implica la ampliación de la teoría legal aplicable por agentes estatales y operadores de justicia de la corriente positivista (los derechos existen por su reconocimiento en el derecho positivo) a la posibilidad de alegar elementos de justicia y necesidades humanas básicas a la tutela de los derechos humanos. Este principio se conecta con el derecho a la resistencia, contemplado en el artículo 98 de la Constitución, por el cual “Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar

47 Utilizando la categoría desarrollada por Alexy para aplicar su fórmula del peso o ponderación, en su obra *Teoría de la Argumentación Jurídica* (2008, pág. 358)

48 Art. 11 núm. 7 de la Constitución.- El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos 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

49 Art. 10 Constitución

sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”. La sociedad civil, además de los canales de representación política, podrá mediante acciones colectivas, que pueden incluir la desobediencia civil, el reconocimiento de nuevos derechos⁵⁰. Esta posibilidad aporta a la creación de una sociedad materialmente más democrática donde la participación de las personas sin poder político, social o económico cuenta en la garantía de los derechos humanos⁵¹.

Es difícil definir lo qué es la dignidad. No obstante, compartimos la noción adoptada por la Experta Independiente de Naciones Unidas, Catarina de Albuquerque:

(...) La dignidad se relaciona con el valor intrínseco de cada ser humano, que debe ser reconocido y respetado por los demás. Hay ciertas condiciones fundamentales en virtud de las cuales insistimos en tener una “definición mínima de lo que significa ser humano en cualquier forma de sociedad moralmente aceptable”. Se puede argumentar que “las condiciones de vida degradantes y la privación de las necesidades básicas” se sitúan por debajo de esta definición mínima (...)

Informe al Consejo de derechos Humanos,
1º de julio de 2009, párr. 57

1.1.8. Principios de progresividad y no regresividad

El *principio de progresividad*, reconocido en el Art. 11 núm. 8 de la Constitución⁵², implica la obligación del estado de elevar paulatinamente los estándares de acceso a los derechos fundamentales de la población. Siendo los derechos humanos el fin último y la razón de ser del estado, sus instituciones deben ser árbitros y arquitectos

50 Art. 98 Constitución

51 Cordero Heredia David, La letra pequeña del contrato social, Abya Yala, Quito, 2015.

52 Art. 11 núm. 8 de la Constitución.- 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

de la vida social de manera que se garantice el igual acceso en la sociedad al menos del contenido mínimo de los derechos humanos. Si bien no se puede alcanzar dicha igualdad de inmediato, debe existir la intención, la planificación y la ejecución de acciones estatales tendientes a ello⁵³. El artículo 11.8 de la Constitución, que consagra este principio, señala además que la progresividad debe expresarse en normas, jurisprudencia y políticas públicas⁵⁴, es decir en los actos característicos de cada función del estado (legislativo, judicial y ejecutivo). Llama particularmente la atención la referencia a la jurisprudencia en un sistema judicial en donde no se acepta el sistema de precedentes, sin embargo jueces y juezas estarían obligados por las decisiones previas en sentido negativo, ya que no podrían fallar en un caso de manera que signifique un retroceso en el reconocimiento de derechos realizado en un fallo anterior.

Los órganos internacionales de derechos humanos han desarrollado el concepto de la *prohibición de regresividad* como corolario pre principio de progresividad⁵⁵. En este sentido, han entendido que si existe una obligación de ir adelante en cuanto al reconocimiento de derechos, dicha obligación debe estar acompañada de la imposibilidad de dar marcha atrás en el ejercicio y garantía de derechos lograda por la sociedad. Esto significa una doble obligación negativa: (i) por un lado, el estado no puede suprimir de forma injustificada los derechos reconocidos en la constitución, ni las formas que haya implementado para su aplicación⁵⁶; y, (ii) no puede actuar de manera que afecte el goce de los derechos humanos que ya han alcanzado las personas por sus propios medios⁵⁷. Un ejemplo del primer caso es la LOGCYCC que restringe el acceso a las garantías constitucionales establecidas en la Constitución de limitar la acción constitucional de protección. Un ejemplo del segundo caso son las concesiones mineras para actividades a tajo abierto en zonas agrícolas que empobrecen la calidad de vida de los habitantes de las zonas afectadas y que hasta ese momento tenían acceso a agua limpia, salud y trabajo.

53 Comité DESC, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Observación General No. 3.

54 En concordancia con este principio, el art. 85 núm. 1 de la Constitución señala que: “Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.”

55 Comité DESC, OG No. 3, párr. 9

56 Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997.

57 Ídem

Finalmente, cabe indicar que al ser los derechos humanos la razón de la creación del Estado y, por tanto, de su norma suprema de organización (la constitución), los derechos humanos se encuentran sobre ella y la preceden, por lo que la prohibición de regresividad en cuanto a los derechos ata a futuras iniciativas de reforma constitucional o inclusive de expedición de una nueva Constitución. Ya existió, lamentablemente, la primera violación a este principio a nivel constitucional ejecutada por el ejecutivo y la Corte Constitucional, al impulsar una consulta que disminuyó el contenido de la libertad personal y de la presunción de inocencia al cambiar la excepcionalidad de la prisión preventiva y la aplicación prioritaria de medidas alternativas por un texto que autoriza la continuidad de la práctica de dictar prisión preventiva en cada proceso penal⁵⁸.

Principio de progresividad y prohibición de regresividad

Es la obligación del estado de elevar paulatinamente el acceso a los derechos fundamentales de la población. También implica la imposibilidad de dar marcha atrás en el ejercicio y garantía los de derechos.

Por lo tanto, los derechos deben desarrollarse en:

- Las normas, por lo que cualquier órgano con potestad normativa no puede anular o disminuir el alcance de los derechos.
- La jurisprudencia, por lo que los jueces y juezas no podrían fallar en un caso de manera que signifique un retroceso en el reconocimiento de derechos realizado en un fallo anterior.
- Las políticas públicas, por lo que la administración se ve obligada a mejorar constantemente las condiciones de satisfacción de los derechos.

58 A través de la pregunta 2 de la consulta popular realizada el 7 de mayo de 2011. Las reformas entraron en vigencia a través de su publicación en los Suplementos del Registro Oficial Suplemento 490 de 13 de Julio de 2011.

1.1.9. Principio de responsabilidad por violación de derechos

El artículo 11.9 de la Constitución reconoce la obligación estatal de reparar los daños provocados por sus agentes, independientemente de la identificación de los responsables de las violaciones y el ejercicio del derecho de repetición a favor del estado en caso de condena⁵⁹. La citada norma habla de reparación y no de “indemnización”, lo cual implica un criterios mucho más amplios que la simple responsabilidad patrimonial, tales como la restitución, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de no repetición y la obligación de investigar los hechos⁶⁰.

Sin embargo, la **reparación integral** se ve seriamente limitada por el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) y por la LOGCYCC, al menos en tres sentidos: (i) el ERJAFE impone a quienes quieran exigir el cumplimiento del artículo 20 de la Constitución de 1998 (análogo al 11.9 de la actual) que primero interpongan una petición administrativa y que solo ante

59 Art. 11 núm. 9 de la Constitución.- El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

60 Art 18 de la LOGCYCC y en especial en el derecho internacional de los derechos humanos: el Art. 63 de la CADH y su desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte IDH desde su primera sentencia en el Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras de 1989, en el que acogió el criterio de la CIJ (caso *Factory at Chorzów*) sobre la plena restitución o restitutio in integrum. De igual forma, en ONU, el principal tratamiento a la reparación integral se ha realizado a través del “Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad de Naciones Unidas” y de los “Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”.

la negativa o la falta de contestación en el plazo de tres meses se podría acudir a la jurisdicción contencioso administrativa⁶¹, sin embargo estas disposiciones se refieren únicamente a la responsabilidad patrimonial; no sería la vía adecuada para los demás tipos de medidas que integran la reparación integral. (ii) La LOGJYCC señala (como se analizará más adelante) que la acción de protección no cabe si existe otro mecanismo de defensa judicial⁶², ni cuando, más concretamente, consista en la impugnación de un acto administrativo que pueda ser impugnado por vía judicial⁶³. Esto significa que en caso de encontrarse una violación a derechos humanos producto de un acto administrativo se deberá acudir a la vía contencioso administrativa donde la única posibilidad es conseguir reparación patrimonial y, en algunos casos, la restitución, sin embargo las demás modalidades de reparación quedan excluidas al limitarse la posibilidad de presentar acciones de protección. (iii) En el remoto caso de que un juez acepte la acción de protección y declare la violación de un derecho, la víctima tendrá que presentar un juicio contencioso administrativo para el pago de la reparación patrimonial⁶⁴, en donde no queda muy claro si deberá además seguir la norma del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva de la Función Ejecutiva (ERJAFE) respecto a la solicitud administrativa previa. En conclusión existe una vía compleja y engorrosa como es el contencioso

61 Art. 209 ERJAFE: De la responsabilidad patrimonial.- Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a la que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política de la República, los particulares exigirán directamente a las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios de los que provinieren el presunto perjuicio, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos. La reclamación será inmediatamente puesta en conocimiento de la Procuraduría General del Estado para la coordinación de la defensa estatal. Están legitimados para interponer esta petición, los particulares a quienes las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios les hubieren irrogado perjuicios.

62 Art. 40 núm. 3 de la LOCJYCC:

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

3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

63 Art. 42 núm. 4 de la LOCJYCC: Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede:

4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.

64 Art. 19 de la LOCJYCC: Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite.

administrativo para resolver en cualquier caso el pago de un indemnización económica y la vía por excelencia para exigir los demás métodos de reparación, es decir la acción de protección, está restringida a los casos en que no exista posibilidad de acudir al contencioso administrativo.

No obstante, ¿qué se puede hacer frente a todos los obstáculos señalados? el Art. 86 núm. 3⁶⁵ de la Constitución señala que una vez que el juez ha declarado la violación de un derecho constitucional al resolver una garantía jurisdiccional debe repararlo integralmente, no sólo en su componente económico. Por lo tanto, cuando exista un acto u omisión de funcionarios o delegados del estado que causan daño se debe emplear a las garantías jurisdiccionales no como una vía tradicional de reparación daños y perjuicios, que incluso la Constitución de 1998 llegó a confundir, sino como el medio para alcanzar la reparación a la dignidad de las personas que ha sido menoscaba, mediante la exigibilidad de otras medidas no pecuniarias de reparación: medidas de satisfacción (medidas de alcance o repercusión pública), medidas de no repetición (medidas para que en el futuro no vuelva a ocurrir las mismas violaciones); restitución del derecho (devolver a la víctima a la situación anterior a la violación), rehabilitación (la atención médica y psicológica)⁶⁶.

Si bien es importante la compensación económica, es aún más trascendente velar por la reparación de todos los aspectos del derecho afectado. Litigar la reparación exigiendo otras medidas, diferente a la indemnización, puede evitar en gran medida el trámite engorroso de volver a litigar en el Contencioso Administrativo, obligará a los jueces a que valoren toda la magnitud de los daños ocasionados y se podría alcanzar medidas que realmente signifiquen enfrentar la violación de los derechos.

Reparación Integral	vs	Indemnización
• Busca reparar la dignidad de la persona		• Busca reparar el perjuicio compensable

65 Art. 86 núm. 3 de la Constitución (...) La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. (...)

66 Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones

<ul style="list-style-type: none"> • Abarca a todo tipo de daño, compensables o no económicamente. • Conjunto de medidas colectivas e individuales (restitución, satisfacción, no repetición, rehabilitación, indemnización) • Obliga al estado a corregir su conducta y a cumplir con sus obligaciones, no sólo sanciona a los responsables. 	<ul style="list-style-type: none"> • Abarca solo a los daños tasables en dinero • Medida individual • Después de la indemnización, se busca sancionar a los responsables.
--	--

1.2. Las garantías constitucionales

El cumplimiento de la constitución en un estado constitucional de derechos y justicia debe reflejarse en mecanismos que limiten la actuación de los poderes públicos y privados y que los encausen hacia el cumplimiento de las normas constitucionales, en especial de los derechos humanos. La Constitución de 2008 usa el término garantía constitucional en el sentido de la teoría de Luigi Ferrajoli⁶⁷, es decir no sólo en el sentido de mecanismo reactivo en caso de violación de un derecho humano (garantía secundaria), sino también en el sentido de acciones llevadas a cabo para implementar el derecho en la realidad (garantías primarias). A este último grupo, garantías primarias, pertenecen las garantías normativas y las garantías de políticas públicas, mientras que a las garantías secundarias pertenecen las garantías jurisdiccionales y las garantías sociales⁶⁸.

1.2.1. Las garantías normativas

El artículo 84 de la Constitución consagra la obligación de “todo órgano con potestad normativa [de] adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución”. Esta previsión es compatible con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la cual los estados deben “adoptar [...] las medidas legislativas o de otro carácter

67 Ferrajoli Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Editorial Trota, Segunda Edición, Madrid, 2005, pág. 45.

68 Pisarelo Gerardo, Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para un reconstrucción, Editorial Trota, Madrid, 2007, pág. 123.

que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Independientemente del principio de aplicación directa de la constitución, la normativa infra-constitucional debe ayudar a implementar en la práctica el ejercicio de los derechos humanos. Si bien la norma se encuentra bajo el acápite garantías constitucionales, es decir garantías de toda la constitución, su texto hace especial énfasis en los derechos humanos, recordando a quien ejerce potestad normativa que cada cuerpo legal que cree o revise debe tener como fin la implementación efectiva de los derechos humanos. Los derechos humanos así se convierten en un eje fundamental del quehacer normativo del Estado.

1.2.2. Las garantías de políticas públicas

Además del campo normativo, la Constitución establece como garantías primarias la “formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos”⁶⁹. Mediante las políticas públicas y los servicios públicos se planifica y se ejecutan los actos estatales, de ahí su importancia como medio de hacer (o de no hacer) efectivos en la práctica los derechos humanos. Estas políticas públicas corresponde también a las medidas que deben adoptar los estados en función del artículo 2 la Convención Americana sobre Derechos Humanos para hacer efectivos los derechos humanos. El artículo 85 de la Constitución impone una visión de derechos humanos en toda actividad del ejecutivo que implique la implementación de la normativa infra-constitucional o constitucional. El reconocimiento de la importancia de las políticas públicas en el goce de los derechos humanos no solo pasa por esta disposición, sino también en la posibilidad de impugnarlas judicialmente⁷⁰. El efecto de sujetar las políticas públicas a los derechos es que el margen de discrecionalidad del estado se ve limitado por el contenido de los derechos. Finalmente, el artículo analizado garantiza la participación de las personas interesadas en la formulación y ejecución de la política pública, creando un derecho independiente a los que ya existen de participación de los afectados por proyectos que pongan en peligro sus derechos ancestrales⁷¹ o su derecho al medio ambiente sano⁷². En la práctica decisiones como la explotación del Yasuní en donde confluían las dis-

69 Art. 85 de la Constitución

70 Art.88 de la Constitución: 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 (...) contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales (...)

71 Art. 57 de la Constitución.

72 Art. 398 de la Constitución.

posiciones sobre participación de los tres artículos (57, 85 y 398) fue adoptada sin participación social, incluso con el rechazo por parte del estado de la iniciativa de realizar una consulta nacional⁷³.

1.2.3. Las garantías jurisdiccionales

Las garantías jurisdiccionales, contempladas en los artículos 86 a 94 de la Constitución, corresponden a garantías secundarias que operan una vez se ha violado un derecho humano. Su implementación corresponde a los jueces y juezas de la república, desde la primera instancia hasta la Corte Constitucional. Tanto las disposiciones constitucionales, legales, jurisprudenciales y doctrinarias en la materia desarrollan las características, naturaleza, fines y efectos que deben tener estos mecanismos judiciales de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos. El análisis de dichas disposiciones ocupará lo que queda del presente trabajo, por lo que no se desarrollará el tema en el presente acápite.

1.2.4. Las garantías sociales

Garantías sociales es un término acuñado por el jurista Gerardo Pissarello⁷⁴ y se refiere a las iniciativas no institucionales que emprenden las personas para exigir de los poderes públicos o privados el respeto de sus derechos humanos. La base de las garantías sociales se halla en el ejercicio a los derechos de participación, libertad de opinión y de asociación⁷⁵. Estas acciones, que se enmarcan en la idea de las acciones colectivas⁷⁶, pueden ser legales o no. Como ya se mencionó, el artículo 98 ampara a las personas en caso de que sus acciones sean ilegales, en el marco del derecho a la resistencia. El reconocimiento del derecho a la resistencia a nivel constitucional se enmarca en una corriente teórica del constitucionalismo popular⁷⁷ que rescata la

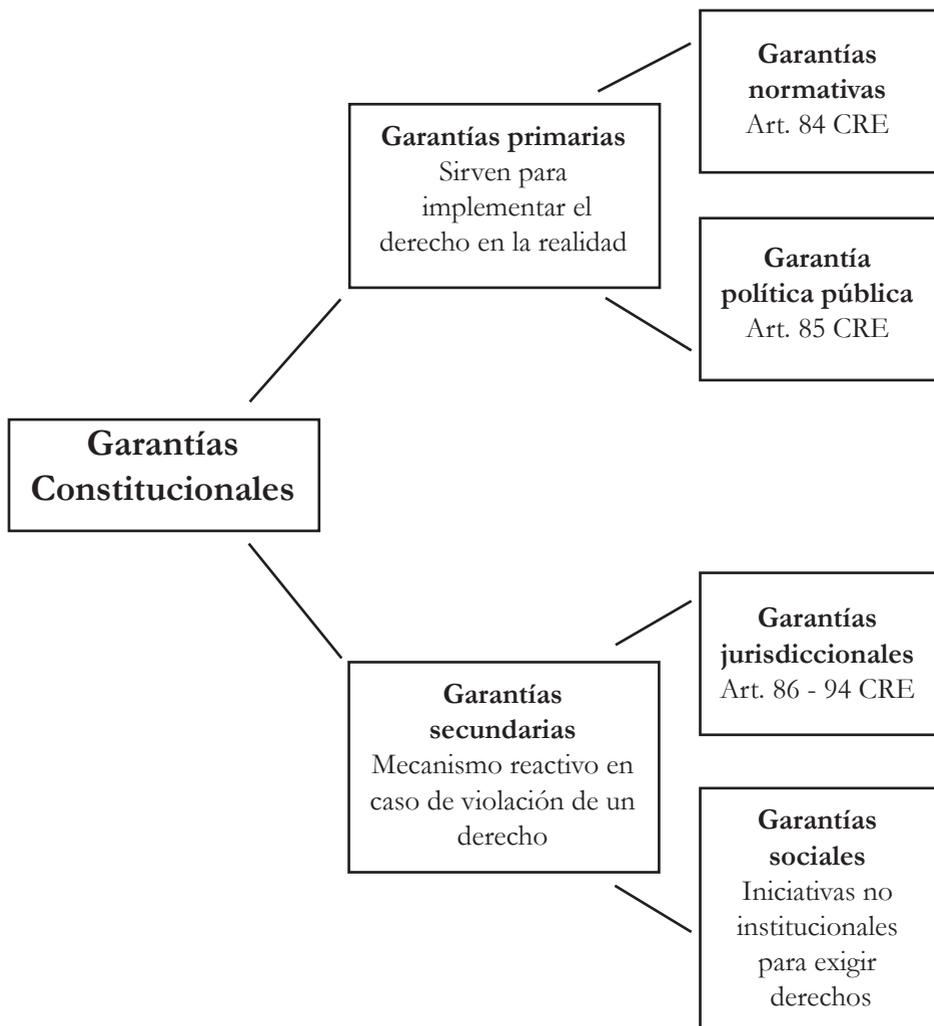
73 El Consejo Nacional Electoral alegó que la iniciativa del colectivo Yasunidos no alcanzó el porcentaje de firmas para dar paso a la consulta popular, 584 323 firmas, ya que sólo validaron 359 761 firmas, muchas fueron desechadas por cuestiones de pura forma. Contenido publicado por Diario EL COMERCIO en la siguiente dirección: <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/firmas-recolectadas-yasunidos-no-alcanzan.html>. Acceso: 10/08/2015.

74 Pissarello Gerardo, Op. Cit, pág. 123.

75 Art. 66. 13 y Art. 96-99 de la Constitución

76 Tarrow Sidney G., El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política, Alianza Editorial, Tercera Edición, Madrid, 2012, pág. 31.

77 Larry Kramer, The people Thensevles Popular Constitutionalism an Judicial Review, Oxford University Press, New York, 2004.



validez de la interpretación constitucional realizada desde la gente, en la que reside la soberanía y la que es titular de los derechos humanos.

1.3. El Derecho Humano a la Tutela Judicial

La existencia misma de los derechos humanos está comprometida por la provisión constitucional y legal de medios adecuados para exigir su cumplimiento al Estado y a los particulares⁷⁸. Esto ha sido entendido por la comunidad internacional, la cual ha introducido la existencia de garantías judiciales como un derecho en sí mismo, así queda formulada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención o Pacto de San José) en su artículo 25, como el derecho a la protección judicial:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 contiene la siguiente disposición como el derecho a la tutela efectiva de los derechos:

Artículo 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción

78 Cfr., Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Galantismo Penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Editorial Trotta, 2004, 6a. ed., p. 852.

a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana o Corte IDH) ha interpretado el artículo 25 de la Constitución como el derecho a la existencia de la institución del amparo judicial, es decir, una acción por medio de la cual se pueda alegar la existencia de la violación de un derecho humano y, mediante la cual, se pueda obtener la reparación integral del derecho conculcado:

[E]l artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales [...]. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley⁷⁹.

La institución del amparo se halla recogida en las legislaciones nacionales con nombres diferentes, o mediante instituciones diversas. Hasta el año 2008 en Ecuador se llamaba amparo constitucional, en su forma genérica, pero además ocupaban esa función para derechos específicos la acción de habeas data y de habeas corpus. Desde la aprobación de la nueva Constitución, se adopta un sistema más complejo que incluye la Acción de Protección, como acción genérica, y las acciones de habeas data, habeas corpus, acceso a la información pública, extraordinaria de protección, medidas cautelares constitucionales y por incumplimiento. De la jurisprudencia la Corte Interamericana y de la formulación del artículo 25 podemos encontrar las características que deben tener estas acciones:

(i) Deben ser **acciones sencillas**, es decir, desprovistas de los formalismos que han caracterizado los procesos ordinarios y que se han constituido en trabas para

79 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 23. Ver además, Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párr. 32.

que las personas puedan acceder a la justicia⁸⁰. En una acción sencilla, entre otras características, no debería ser necesaria la asistencia de un abogado, deberían relajarse la rigurosidad de la prueba presentada, se debe cambiar la carga de la prueba (considerando que generalmente será el Estado el demandado), el juez o jueza debería subsanar cualquier forma pasada por alto por el accionante, la acción deberá ser gratuita, la posibilidad de que colectivos no constituidos de forma legal puedan accionar, etc.

(ii) Deben ser **acciones rápidas**, para lo cual los plazos en los que se recepta o se produce la prueba; y, los que tienen las autoridades judiciales para resolverlos deben ser cortos⁸¹. Para que las autoridades competentes no se excusen en el exceso de causas, los Estados deben proporcionar recursos suficientes para la creación de juzgados y la provisión de auxiliares calificados para que ayuden en el trabajo de la institución. Pero, fundamentalmente, el trabajo de los Estados debe ser el de la capacitación a los operadores de justicia en materia constitucional y de derechos humanos. En la práctica, uno de los mayores obstáculos para el efectivo funcionamiento de esta acción es la tradición positivista-civilista de los y las profesionales del derecho en nuestras sociedades.

(iii) Las acciones **deben ser efectivas**. Una acción es efectiva cuando permite alcanzar el resultado esperado, es decir, la garantía de los derechos. La Corte Interamericana ha determinado que:

“[n]o pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.” Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se

80 [E]n virtud de la especial naturaleza de estos recursos y de la necesidad y urgencia con la que deben actuar, la CIDH puntualiza ciertas características básicas que éstos deben presentar a fin de ser considerados “idóneos”: a) que se trate de recursos sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes [...]”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Washington D.C., OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, de 7 septiembre 2007, párr. 264.

81 CIDH, Acceso a la Justicia Para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 2007, párr. 245 y ss

incurrir en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”⁸².

Que la decisión sea ejecutable cobra importancia por haber sido el talón de Aquiles del recurso de amparo constitucional de la Constitución de 1998.

En conclusión, las acciones constitucionales entrañan una gran importancia en el nuevo paradigma constitucional, sobre todo en un sistema civilista como el ecuatoriano en el cual el sistema judicial ordinario está orientado a proteger fundamentalmente el derecho a la propiedad privada y, por tanto, las acciones en estudio serán las principales (si no las únicas) para garantizar el amplio espectro de derechos reconocidos por la Constitución. Además de esta característica de acción-derecho, la tutela judicial ha sido reconocida como el contenido mínimo de derechos como los llamados económicos sociales y culturales⁸³.

Las acciones constitucionales han sido tradicionalmente divididas en función de los derechos que protegen, así se ha considerado al amparo constitucional como la acción genérica ya que tutela todos los derechos reconocidos y a las demás como específicas ya que tutelan derechos en particular como la libertad personal, vida e integridad (habeas corpus) o la intimidad, el honor o el buen nombre (habeas data). Sin embargo, la Constitución de 2008 contiene un nuevo catálogo que aumenta una garantía específica (la acción de acceso a la información pública) y tres nuevas que podrían considerarse genéricas, ya que tutelan todos los derechos constitucionales, pero que difieren de la acción de protección por su función. Así la acción extraordinaria de protección busca tutelar los derechos humanos violados o no tutelados por la administración de justicia, la acción por incumplimiento busca garantizar la ejecución de normas del sistema jurídico y de fallos de organismos internacionales de derechos humanos, y, las medidas cautelares constitucionales cuyo fin es detener una acción estatal que esté lesionando o que pueda lesionar derechos constitucionales. Para empezar el estudio de cada una de ellas, se analizarán ciertas disposiciones comunes contenidas en la Constitución y en la LOGCYCC.

82 Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24.

83 Al respecto se pueden consultar las observaciones generales 3, 4, 7, 12, 13, 14 y 15 del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para un análisis más detallado ver el artículo La exigibilidad de las medidas positivas derivadas de los derechos del buen vivir de Carolina Silva Portero.

Capítulo II.

Características y procedimientos comunes de las garantías jurisdiccionales

2.1. Proceso de conocimiento

El artículo 25 de la Convención Americana prescribe que las garantías de los derechos tienen como objeto amparar a las personas “contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”. Para conseguir este fin, el juez constitucional debe tener la facultad de determinar si la persona titular del derecho se encuentra o no en una posición jurídica para exigir cierto comportamiento del Estado o del agente privado que ha sido demandado. Esta facultad del juez fue limitada bajo la vigencia de la Constitución de 1998, al considerar al amparo constitucional como una medida únicamente cautelar⁸⁴.

Los procesos cautelares suponen que el accionante pueda presentarle al juez la existencia de obligaciones mediante documentos ejecutivos o sentencias ejecutoriadas. En cuanto a los documentos ejecutivos, se refieren exclusivamente a obligaciones civiles y las sentencias ejecutoriadas implican un largo proceso en la justicia ordinaria sin las características de una garantía jurisdiccional. Para que una persona acceda a una medida cautelar en la justicia ordinaria requiere una prueba que obligue al juez a presumir su validez, si es que no existen este tipo de pruebas en los derechos fundamentales ¿cómo podría ser efectiva una medida cautelar para proteger los derechos fundamentales?

84 Ávila Ramiro, Del amparo a la acción de protección jurisdiccional, en Martínez Dunia (Ed.) Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana, Corte Constitucional para el periodo de Transición, Quito-Ecuador, 2012, pág. 234-235

Ante las dudas del Tribunal Constitucional por reconocer a la acción de amparo como un proceso de conocimiento, la Asamblea Nacional Constituyente del 2008 tuvo que dejar clara la naturaleza de las acciones constitucionales prescribiendo que “[l]a jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse”⁸⁵.

De la forma en que queda plasmada, las acciones constitucionales en general tienen las características de un **proceso de conocimiento**, ya que (i) el juez o jueza debe declarar la existencia de una posición jurídica para poder determinar la violación de un derecho humano, (ii) existe una etapa de prueba si el juez o jueza lo considera necesario; y (iii) el juez o jueza tiene la facultad de determinar la forma de reparación de los derechos, inclusive indemnizaciones pecuniarias.

Lo anterior debe ser diferenciado en cuanto a las medidas cautelares, que tienen como efecto sólo detener una acción lesiva, más no buscan la reparación. De igual forma, se debe diferenciar a la acción por incumplimiento, en donde lo que se alega es la existencia de una norma que debe ser cumplida o la existencia de una decisión internacional que no ha sido ejecutada.

Por otra parte, la LOGJYCC restringió de manera inconstitucional la facultad de los jueces de fijar indemnizaciones pecuniarias, en su artículo 18, al establecer que la determinación del monto de la indemnización se hará mediante un nuevo juicio, verbal sumario contra particulares y contencioso administrativo contra el Estado.

La formulación de las acciones constitucionales, además, distingue claramente a estas de una acción cautelar en el momento en que deja claro que las medidas cautelares podrán solicitarse dentro o fuera del proceso. Así la Constitución reconoce al juez o jueza la facultad de “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”⁸⁶.

85 Art. 86 núm. 3 de la Constitución

86 Art. 87 de la Constitución

Naturaleza de las garantías jurisdiccionales

Las garantías jurisdiccionales son procesos de conocimiento, no cautelares, porque:

- Declara si existió o no una violación de un derecho
- Existe una etapa para evacuar pruebas
- Se ordenan distintas medidas de reparación para los derechos violados

Las medidas cautelares son diferentes porque buscan detener una violación, no su reparación. Se pueden pedir en conjunto o independientemente de una garantía.

2.2. La Prueba

Una de las principales causas de la falta de acceso a la justicia ordinaria es la forma en que se actúa la prueba. La forma tradicional de presentar pruebas a los juzgados requiere un gasto en copias certificadas, peritajes, derechos notariales, etc., que excluyen a las personas que carecen de recursos económicos del acceso a la justicia. Otro problema es el acceso a las pruebas, en muchas ocasiones las pruebas que se requieren para sostener una posición procesal están en manos de las personas demandadas o de terceros interesados. La solución que plantea la actual Constitución a estos problemas es **el principio de reversión de la carga de la prueba** en los casos de garantías constitucionales⁸⁷.

Ahora bien, como lo reitera la LOGJYCC, la reversión de la carga de la prueba no opera en todos los casos. El artículo 16 de esta ley establece que el accionante deberá demostrar los hechos alegados y que, como ya quedo dicho, la reversión de la carga de la prueba operará cuando no exista respuesta de la parte demandada cuando esta respuesta no controvierta lo afirmado por la parte demandante en todo o en

87 Art. 86 núm. 3 de la Constitución.- Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. (...)

parte. El momento de presentación de la prueba será en la audiencia, en donde el juez o jueza deberá calificar su pertinencia

Así, este principio tiene algunas consecuencias jurídicas importante cuando el demandado es el estado: (i) De no presentarse respuesta alguna de la parte demandada, el juez o jueza de la causa deberá presumir ciertos todos los hechos presentados por la parte actora en la demanda o en la audiencia que se convoque dentro del trámite. Este mismo efecto se aplica por excepción a los particulares accionados, cuando se trata de violaciones a los derechos por discriminación, violaciones a los derechos del medio ambiente o de la naturaleza⁸⁸. (ii) De presentarse una respuesta por parte de la demandada, corresponde a ésta la presentación de pruebas de descargo. (iii) De presentarse una respuesta por parte de la demandada que no controvierta todos y cada uno de los puntos de la accionante, los puntos sobre los cuales no exista pruebas suficientes o sobre los que se guarde silencio deberán ser considerados como ciertos por parte del juez o jueza de la causa.

Si la parte accionada es el estado:

- Se presume ciertos los hechos planteados por el accionante si no presenta respuesta
- Si presenta respuesta, debe acompañar pruebas de descargo
- Si no se acompaña prueba o es insuficiente para responder, se presume ciertos los hechos

Sobre el problema de acceso a las pruebas, las partes procesales de la garantía jurisdiccional podrán solicitar que el juez o jueza de la causa practique pruebas dentro del proceso o crear comisiones para recabarlas⁸⁹, sin que por esto se pueda dilatar innecesariamente el proceso⁹⁰. **Las comisiones**, que podrían ser unipersonales o pluripersonales, deberán hacer las constataciones ordenadas por el juez y emitir un informe que tendrá valor de prueba practicada⁹¹. De esta forma, se pone a salvo

88 Art. 16 inc. final LOGJYCC

89 Art. 86 núm. 3 Constitución

90 Art. 16. LOGJYCC

91 Art. 16. LOGJYCC

los derechos de la parte accionante cuando es la parte demandada o alguna otra institución o empresa la que tenga la documentación que prueba los hechos que alega en su demanda.

En conclusión, las reformas introducidas por la actual Constitución en materia probatoria son conducentes a garantizar el ejercicio del derecho a contar con un recurso que proteja los derechos de las personas en su forma material, es decir, en la del acceso a la justicia.

La prueba en las garantías jurisdiccionales

- Existe el principio de reversión de la carga de la prueba
- Existe presunción a favor del accionante cuando el demandado es el estado o un particular en casos de discriminación, violación a los derechos al medio ambiente o de la naturaleza
- Las pruebas se receptan únicamente en audiencia
- El juez puede pedir pruebas u organizar comisiones de expertos para recopilar información

2.3. Formalidades

En términos generales, la actual Constitución es favorable al **principio de informalidad procesal**, tan necesaria en las acciones constitucionales. Este principio se encuentra desde los primeros artículos de la Constitución, cuando se proclaman los principios de aplicación de los derechos:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. [...] Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. [...]”⁹².

De forma aún más contundente se hace referencia a este principio en la parte pertinente a la administración de justicia:

92 Art. 11 núm. 3 inc. 2 de la Constitución

“Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”⁹³.

Según la Constitución, las reglas generales aplicables a todas las garantías jurisdiccionales (Art. 86), en cuanto a formalidades del proceso son: (i) El procedimiento será **oral** en todas sus fases e instancias⁹⁴. Esto significa que los jueces y juezas que conozcan de las acciones constitucionales no podrán solicitar como requisito ningún documento por escrito a las partes, inclusive la demanda y la apelación, como se detalla más adelante.

Las acciones constitucionales podrán proponerse de forma oral⁹⁵, para instrumentalizar esta disposición los juzgados deberán prever la forma en que receptaran las acciones presentadas de forma oral. Esto requiere una preparación adicional a los funcionarios y funcionarias de la justicia para que puedan reducir a escrito de forma coherente las acciones interpuestas, así como de su obligación de tramitar estas acciones de forma preferente para garantizar el acceso de todas las personas al derecho a la tutela judicial efectiva. La LOGJYCC en su artículo 10⁹⁶ establece una

93 Art. 169 de la Constitución

94 Art. 86 núm. 2 lit.a de la Constitución

95 Art. 86 núm. 2 lit. c de la Constitución

96 Art. 10 inc. 1 de la LOGJYCC.- 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.
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.

serie de requisitos que debería contener la demanda, que en caso de no cumplirse con ellos se concederá un plazo de 3 días al demandante para completarla y que, en caso de que no se lo haga, el juez deberá subsanar esta situación si del relato se desprende una violación “grave” a los derechos humanos⁹⁷. A pesar de pueda verse como un importante avance la potestad del juez de subsanar y continuar la tramitación de la acción planteada, la palabra “grave” aquí establece un estándar más alto que el de la Constitución, dejando al arbitrio del juez que considera grave o leve en cuanto a la violación de los derechos humanos. Esta es una limitación al derecho a la tutela judicial inconstitucional.⁽ⁱⁱ⁾ Para la presentación de las acciones constitucionales, por vía oral o escrita, **no será indispensable el patrocinio de un abogado**. Esta es una de las características más importantes de las acciones constitucionales, ya que el costo de los honorarios de un abogado o abogada⁹⁸ ha sido tradicionalmente una de las razones por las cuales las personas dejan de acceder a la justicia⁹⁹. Sin embargo, en aras del cumplimiento del principio de igualdad de armas el Estado debe proveer de asistencia letrada gratuita a las personas que no puedan pagar a un o una profesional de su elección¹⁰⁰; esto implica ampliar la concepción de la defensoría pública, la cuál ha sido concebida tradicionalmente como defensa penal; esta posibilidad ya ha sido contemplada por la nueva Constitución de la República, la cual contempla que “la Defensoría Pública prestará un servicio legal técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias”¹⁰¹. Sin embargo, la Defensoría Pública a la fecha del presente trabajo no presta asesoría legal en materia de derechos humanos o de acciones constitucionales¹⁰².

(iii) En la demanda de la acción de protección **no se requerirá citar la norma constitucional infringida**¹⁰³. Esta característica corresponde al principio de sen-

97 Art. 10 inc. final de la LOGJYCC

98 Art.86 núm. 2 lit. c

99 Cfr., Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Airey vs. Irlanda, Sentencia del 9 de octubre de 1979, Serie A, No. 32.

100 Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, El acceso a la justicia. ..., op. cit., párr. 51 y ss.

101 Art. 191 inc. 2 de la Constitución

102 La Defensoría del Pueblo en su página web (<http://www.defensoria.gob.ec/>) señala que los casos y asesoría que realiza es en materia de alimentos, violencia intrafamiliar, derechos laborales, legalización de tierras, inquilinato y juicios penal

103 Art. 86 núm. 2 lit. c.

cillez de la acción y es coherente con la posibilidad de presentar las acciones sin necesidad de abogado o abogada. En efecto, para que una persona acuda al juez o jueza Constitucional basta el sentimiento de injusticia en la persona del accionante, ya que, uno de los avances a raíz de la aparición de los Estados Constitucionales es la certeza de la ciudadanía de que cuenta con la titularidad de derechos fundamentales que pueden ser opuestos ante los Estados. Nuevamente el cumplimiento de esta característica debe venir acompañada de la capacitación a los operadores y las operadoras de justicia para que sean estos o éstas los que identifiquen cuál es la norma Constitucional o instrumento internacional que fundamentarían la pretensión del accionante. Cabe señalar que esta característica no es ajena al Derecho, en especial al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cuyos tribunales se ha aplicado ampliamente el principio *iuranovit curia* (la corte conoce el derecho) que implica que el tribunal que conozca la causa puede determinar cuáles son las normas jurídicas violentadas por los hechos denunciados, aunque la persona accionante no haya invocado expresamente en ninguna parte del procedimiento¹⁰⁴.

(iv) Las notificaciones, así como las citaciones, deberán realizarse por los **medios más eficaces** que estén al alcance de la judicatura y de las partes¹⁰⁵. Esto implica, en primer lugar que la judicatura deberá dejar de utilizar el código de procedimiento civil como norma accesoria a los procesos Constitucionales, en esta materia; ya que, quedará a consideración del juez que el método utilizado no viole el derecho a la defensa de las partes, aunque éste método no sea convencional. En este sentido, podrían ser efectivos el correo electrónico, la publicación en la prensa, la página web de la judicatura, inclusive las llamadas telefónicas.

(v) El artículo 10 de la LOGJYCC establece la información que puede contener una demanda de garantía. No obstante, este artículo debe ser leído como una sugerencia y no como un listado taxativo ya que, caso contrario, violaría las disposiciones constitucionales de informalidad del proceso, la no necesidad de contar con un abogado y la no necesidad de alegar los derechos violados y las normas que los contienen:

104 Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, párr. 28; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, párrs. 124 a 126; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párr. 178; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa, párr. 142; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Maritza Urrutia, párr. 134; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Myrna Mack Chan, párr. 128; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Cinco Pensionistas”, párr. 153; entre otros.

105 Art. 86 núm. 2 lit. d. de la Constitución.

- “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. [...]
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 [...].
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. [...]
7. La solicitud de medidas cautelares [...].
8. Los elementos probatorios [...].”¹⁰⁶

Formalidades en las garantías jurisdiccionales

- El proceso será oral
- No es indispensable el patrocinio de un abogado
- No es necesario citar la norma constitucional infringida
- Las juezas y jueces deben emplear los medios más eficaces para la notificación de las diligencias
- Los requisitos para plantear una acción deberían ser una guía y no un listado taxativo que la invalide

2.4. Legitimación activa

Con el objeto de alcanzar una acción sencilla para garantizar los derechos humanos, se ha ampliado notablemente la legitimación activa respecto a la anterior acción de amparo constitucional. En la Constitución de 1998 el amparo constitucional podía ser interpuesto por “[c]ualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad”¹⁰⁷.

Analicemos los dos elementos de la legitimación activa del amparo de 1998. El primero, *cualquier persona por sus propios derechos*, quiere decir que sólo la persona cuyos

106 Art. 10 de LOGJYCC

107 Art. 95 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998

derechos se encontraban en entredicho podía presentar la acción; y, el segundo, como representante legitimado de una colectividad, significaba un nivel de organización de la colectividad para poder designar representantes, lo cual ante la falta de formalidad de algunos colectivos podía generar disputas en cuanto a la verdadera representación. Estos preceptos fueron interpretados por el Tribunal Constitucional de manera restrictiva podemos citar, por ejemplo, en relación al primer punto, el caso presentado por la defensa del parque nacional Yasuní en donde el Tribunal declaró que los accionantes no habían demostrado que eran afectados, a pesar de que el medio ambiente es un derecho difuso¹⁰⁸; en relación al segundo punto, se destaca el caso de la nacionalidad Waorani, donde se reconocieron los acuerdos firmados por una persona jurídica creada por un grupo de Waoranis auspiciados por las empresas petroleras que operaban en su territorio, la legalidad de dicha asociación permitió desconocer la organización ancestral y los derechos de toda una nacionalidad indígena¹⁰⁹.

La Constitución de 2008 establece la legitimación activa de las acciones constitucionales de forma que la Corte Constitucional no recaiga en los errores señalados. La garantías jurisdiccionales pueden ser presentadas cuando “exista una vulneración de derechos constitucionales”¹¹⁰ e iniciadas por “[c]ualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad”¹¹¹. De lo anterior se desprenden algunas reglas en cuanto a la legitimación activa:

(i) Las acciones pueden ser propuestas **por cualquier persona**, sea o no el titular del derecho. Esto permite que en los casos en que las personas cuyos derechos humanos se vean afectados y tengan dificultad de presentar la acción, como por ejemplo cuando dicha persona esta incomunicada o desaparecida, un tercero pueda presentarla en su nombre sin necesidad de autorización. Esta clase de legitimación fue tomada del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la cual se encuentra descrita en el artículo 44 de la Convención Americana¹¹².

108 Cfr., Tribunal Constitucional de Ecuador, Resolución No. 0994-04-RA de 8 de noviembre de 2004.

109 Cfr., Tribunal Constitucional de Ecuador, Resolución No. 0054-03-RA de 3 de julio de 2003.

110 Art. 88 de la Constitución

111 Art. 86 núm. 1 de la Constitución

112 Art. 44 de la CADH

“Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

(ii) Existe además legitimación para **grupos de personas**. Esta expresión debe ser entendida de forma en que un grupo de personas con una afectación común pueden presentar una acción por la protección y reparación de sus derechos. Este grupo de personas puede a su vez ser considerado como representante de un grupo mayor, al estilo de la class action de la tradición jurídica norteamericana, por lo que la sentencia podrían tener efectos inter pares, es decir trascender en sus efectos a los litigantes y hacer la decisión aplicable a todos los casos similares,

(iii) Están legitimados, además, **los colectivos, los pueblos y nacionalidades**, en cuyos casos se suprime la necesidad de que quien presente la acción sean representantes “legitimados”. Con esta disposición se buscaba la eliminación de formalidades en el reconocimiento de estos grupos, los cuales generalmente no actúan en el marco de la institucionalidad estatal.

Solamente si se respeta la norma constitucional reconociendo la legitimación activa de la forma más amplia, incluyente e informal, la Acción de Protección podrá ser una *acción sencilla y efectiva*. Sin embargo no fue así. La LOGJYCC en su artículo 9 restringe el acceso a las garantías jurisdiccionales, al establecer que la accionante debe ser quien encuentre “vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado”¹¹³. Esta norma contiene una inconstitucionalidad clara ya que mientras el Art. 86 de la Constitución utiliza un operador lógico universal (cualquier), el artículo 9 lit. a excluye a las personas que no sean víctimas directas o indirectas (o que tengan temor de serlo) de la violación de un derecho. Ante dos normas contradictorias como estas se aplican la constitucional por (i) jerarquía y (ii) por ser la que contiene el estándar más alto de protección de los derechos (principio pro homine). Cabe aquí anotar que las acciones de habeas corpus y habeas data y acción extraordinaria de protección tiene reglas especiales respecto a la legitimación activa¹¹⁴.

113 Art. 9 lit. a LOGJYCC

114 En el caso del **habeas corpus**, incluso con la restricción a la legitimación activa de la ley, la legitimación activa es amplia. Esta garantía puede ser interpuesta por otra persona diferente a la persona afectada, debido a que si el objeto de la acción es recuperar su libertad o precautelar su vida e integridad, sería físicamente imposible que la acción sea solicitada por la propia persona afectada. En cambio, la legitimación activa del **habeas data** es restringida, porque solo puede solicitarla el titular de la información o un legitimado para el efecto (Art. 89 CRE y Art. 49 inc. 2 LOGCYCC). De igual forma, en la **acción extraordinaria de protección** la legitimación activa es restringida; puede interponerla la persona que ha o ha debido ser parte en un proceso, por sí mismas o por medio de procurador judicial (Art. 58 LOGJYCC).

Legitimación activa en garantías jurisdiccionales

Reglas generales (Art. 86 núm. 1 CRE)

- Por cualquier persona
- Grupo de personas
- Colectivos, comunidades y nacionalidades
- Defensoría del Pueblo

Según el Art. 9 de la LOGJYCC, en los tres primeros casos, las personas tienen que ser las víctimas de la amenaza o vulneración.

Reglas especiales

- Habeas corpus: cualquier persona, no sólo la víctima (legitimación amplia)
- Habeas data: solo los titulares de la información o sus representantes (legitimación restringida, Art. 89 CRE y Art. Art. 49 inc. 2 LOGCYCC).
- Acción extraordinaria de protección: solo las partes del proceso (legitimación restringida, Art. 58 LOGJYCC).

2.5. Procedimiento común

Respecto al procedimiento común para la sustanciación de las garantías jurisdiccionales, son aplicables los artículos 86 de la Constitución y 7 a 14 de la LOGJYCC, las cuales establecen reglas de competencia y las etapas del procedimiento:

(i) Sobre la **competencia**, serán competentes las juezas o jueces del lugar “en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos”¹¹⁵. La LOGJYCC agrega que la competencia recae sobre todo juez o jueza de instancia¹¹⁶, independientemente de su materia. Los juzgados de turno deberán conocer las acciones que se presenten los fines de semana, feriados o fuera del horario de atención.

115 Art. 86 núm. 2 de la Constitución

116 Art. 7 lit. i) de la LOGJYCC

(ii) Para la sustanciación de las garantías jurisdiccionales **serán hábiles todos los días y las horas**¹¹⁷. Esta disposición tiene dos repercusiones prácticas: en primer lugar, los juzgados que funcionan con turnos y las veinticuatro horas deberán estar especialmente preparados para recibir demandas de acciones de protección; y, en segundo lugar, se deberá entender todas las disposiciones que establezcan períodos de tiempo para las fases del proceso como plazos, con la excepción del período para presentar apelación de tres días hábiles (término)¹¹⁸.

(iii) Presentada la acción la jueza o juez deberá **calificar la demanda** dentro de las veinticuatro horas posteriores a su interposición¹¹⁹ y **convocar a audiencia pública**¹²⁰ dentro de los tres días posteriores a la calificación¹²¹. El momento procesal para **contestar la demanda** será la audiencia pública, en concordancia con el principio de economía procesal y efectividad que rige las acciones constitucionales. A dicha audiencia las partes deberán llevar todos los elementos probatorios que sean posibles¹²².

(iv) Como ya se trató en el acápite correspondiente, el juez o jueza podrá **ordenar la práctica de las pruebas** que soliciten las partes o que considere necesarias para llegar a tener certeza sobre los hechos materia de la acción¹²³. Las pruebas que ordene la jueza o juez deberán ser actuadas antes de la audiencia pública y si las ordenó en dicha audiencia, dentro de los siguientes ocho días, plazo que se podrá extender justificadamente¹²⁴. Se entiende que la facultad del juez o jueza de ordenar la práctica de pruebas no podrá excederse al punto de desconocer el principio de inversión de la carga de la prueba que rige la acción de protección; es decir, el juez o jueza sólo podrá ordenar pruebas cuando se trate de hechos controvertidos por la parte demandada.

117 Art. 86 núm. 2 lit. b) de la Constitución

118 Corte Constitucional del Ecuador, Disposición primera de la Sentencia No. 001-11-SCN-CC de 11 de enero de 2011, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 381 del miércoles 9 de febrero de 2011.

119 Art. 13 de la LOGJYCC

120 Art. 86 núm. 3 inc. 1 de la Constitución

121 Art. 13 núm. 2 de la LOGJYCC

122 Art. 13 núm. 4 de la LOGJYCC

123 Art. 86 núm. 3 de la Constitución

124 Art. 16 inc. 2 de la LOGJYCC

(v) El juez o la jueza deberá resolver la causa mediante **sentencia**¹²⁵, la cual dictará al final de la audiencia y notificará a las partes por escrito dentro de las 48 horas siguientes¹²⁶. El contenido de la sentencia se desarrollará en el siguiente acápite.

(vi) Como regla general, las sentencias de primera instancia podrán ser **apeladas** ante la respectiva corte provincial¹²⁷. Se entiende que en la sustanciación del recurso de apelación regirán las mismas normas que a la primera instancia, es decir, no se requerirá el patrocinio de un abogado o abogada, la apelación podrá ser propuesta de forma oral (incluso al final de la audiencia) y no se requerirá citar la norma Constitucional infringida. La Corte Provincial deberá decidir por el mérito del expediente dentro del término de ocho días posteriores al auto en el que avoca conocimiento del recurso y de considerar necesario, la Corte puede ordenar pruebas y realizar una audiencia, en este caso, el término correrá desde la fecha de la audiencia¹²⁸. De esta disposición legal se desprende que no existe obligación de dictar sentencia en la audiencia en el caso de segunda instancia. *Existen dos excepciones a esta regla general.* En primer lugar, las garantías que son resueltas directamente por la Corte Constitucional (acción de incumplimiento y acción extraordinaria de protección) son de única instancia. En segundo lugar, en caso de que se pretenda impugnar una orden de privación de libertad dentro de un proceso penal, el habeas corpus deberá ser presentado ante la Corte Provincial correspondiente y la apelación ante la Corte Nacional de Justicia¹²⁹.

Procedimiento Común (Art. 86 CRE, Art. 7 y 14 la LOGJYCC)

Competencia

Juez de instancia (de cualquier materia, del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos).

Serán habiles todos los días y horas

Excepto en el término para presentar apelación, que se refiere a 3 días hábiles.

125 Art. 86 núm. 3 inc. 1 de la Constitución

126 Art. 15 núm. 3 de la LOGJYCC

127 Art. 86 núm. 3 inc. 2 de la Constitución

128 Art. 24 inc. 2 de la LOGJYCC

129 Art. 169 núm. 1 de la LOGJYCC

Calificación de la demanda

Dentro de las 24 horas de la interposición de la demanda

Audiencia pública

Dentro de los 3 días a partir de la calificación de la demanda

Contestación de la demanda

Se realiza en audiencia pública

Pruebas

El juez debe ordenarlas en la calificación de la demanda o en la audiencia pública

Sentencia

Se notificará por escrito en las siguientes 48 horas después de la audiencia

Apelación

Ante la respectiva Corte Provincial. Se dictará sentencia en el término de 8 días desde el auto que avoca conocimiento.

Excepciones:

Acción de incumplimiento y acción extraordinaria de protección se resuelven en la Corte Constitucional y el habeas corpus en contra de una orden de privación de libertad de un proceso penal se interpone ante la Corte Provincial y se apela en Corte Nacional

2.6. La sentencia

El que las garantías jurisdiccionales puedan ser consideradas efectivas para proteger a las personas de las violaciones a sus derechos humanos, dependerá en gran medida del contenido de las sentencias que las resuelvan. Las sentencias que se refieren a acciones jurisdiccionales, cuyo fin es la defensa de los derechos humanos, deben cumplir requisitos de fondo y de forma.

En cuanto a la **forma**, debe obedecer criterios de racionalidad, es decir debe desa-

rollar las pruebas aportadas y cómo estas han ayudado a la jueza o juez a llegar a la certeza de los hechos del caso, deberá pronunciarse de forma clara sobre todos los argumentos enunciados por las partes, deberá exponer las fuentes que le han ayudado a llegar a la determinación de la existencia o no de la violación de los derechos alegados por las partes y en caso de existir derechos contrapuestos deberá desarrollar ampliamente su razonamiento mediante la ponderación¹³⁰.

En cuanto a los contenidos de **fondo**, la sentencia deberá pronunciarse sobre:

(i) Al ser procesos de conocimiento, la sentencia deberá contener la *determinación de los derechos humanos que han sido o no violados* en la situación expuesta, su contenido y la naturaleza de las obligaciones que estos le generan al Estado o al particular demandado. Éste contenido, aunque parece obvio, fue una de las deficiencias de la acción de amparo constitucional, ya que en muchas de las resoluciones los jueces de instancia y el propio Tribunal Constitucional no desarrollaron el contenido de los derechos alegados y se quedaban en meras exposiciones de razones políticas, procedimentales o de derecho civil¹³¹. Ejemplos de esto abundan en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sin embargo resulta relevante la resolución número 1103-2007-RA presentada por veinte familias que viven en una casa de la calle “La Ronda” en Quito, que buscaban protegerse de un desalojo forzado de su vivienda; en la resolución de la Corte Constitucional para el Período de Transición ni siquiera se analizó el contenido del derecho a la vivienda contenido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y se procedió a resolver la acción como si se tratara de un juzgado de inquilinato¹³².

(ii) Deberá contener la determinación de la *reparación integral* de los derechos de la víctima¹³³. La reparación deberá ser material e inmaterial. En cuanto a la reparación material se deberá propender a la restitución del estado de las cosas antes de la vulneración del derecho y, en caso de no ser posible, se deberán fijar formas

130 Sobre los criterios de racionalidad de las sentencias sobre derechos humanos ver Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp.62-64.

131 Al respecto ver, Ramiro Ávila Santamaría, “El Amparo Constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007, p. 375.

132 Cfr. Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, Resolución No. 1103-2007-RA del 7 de enero de 2009.

133 Art. 17 núm. 4 LOGJYCC

de compensación que deberán tomar en cuenta el proyecto de vida de la persona afectada¹³⁴. Esta compensación no será necesariamente económica; y, la reparación inmaterial consistirá en medidas que ayuden a resarcir el daño moral provocado a la víctima, estas medidas podrían ser entre otras, la publicación de la sentencia, las disculpas públicas y las garantías de no repetición¹³⁵. Existe una contradicción entre lo determinado en el artículo 86.3 de la Constitución, que ordena a los jueces resolver en la sentencia la reparación material, y el artículo 19 de la LOGJYCC, que impone la carga a la víctima de iniciar un nuevo proceso civil verbal sumario (si el demandado es un particular) o un contencioso administrativo (si el demandado es el Estado) para la determinación del monto de la indemnización. La Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del artículo 19 y determinó que dichos procesos serán de ejecución y que no se discutirá de nuevo la vulneración de derechos¹³⁶. Sin embargo, una característica fundamental de un proceso de ejecución es que la obligación esté previamente determinada, por lo que no se podría considerar a los procesos del artículo 19 como de ejecución¹³⁷. La Corte Constitucional determinó la inconstitucionalidad parcial del artículo 19 eliminando la frase “de estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes” y restringiendo los recursos al de apelación y sólo en aquellos casos expresamente autorizados por la ley¹³⁸. Sin embargo la Corte Constitucional omitió pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 19 respecto a la creación de un recurso no contemplado en la Constitución restándole efectividad a las garantías jurisdiccionales.

(iii) Según la Constitución, la Sentencia deberá además señalar las *obligaciones positivas y negativas* a cargo del destinatario para la resolución judicial¹³⁹. Esta disposición es corroborada por el artículo 18 inc. 3 de la LOGJYCC donde se determina que las

134 El concepto de proyecto de vida se halla ampliamente desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, Sentencia de reparaciones y costas de 27 de noviembre de 1998, Serie C No. 42, párrs. 144 y ss.

135 Cfr, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 170 y ss.

136 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 004-13-SAN-CC del 13 de junio del 2013, MP: Antonio Gagliardo Loor, publicada en el Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de Junio de 2013 (2), p. 17.

137 Art. 415 Código de procedimiento civil.

138 Corte Constitucional, Sentencia No. 004-13-SAN-CC del 13 de junio del 2013, supra.

139 Cfr. Art. 86 núm. 3 inc. 1 de la Constitución

sentencias deben contener las obligaciones individualizadas y las circunstancias y tiempo, modo y lugar en el que se debe ejecutar. El no hacerlo así dificultará la ejecución de la misma y por tanto restará efectividad de las acciones jurisdiccionales. La Asamblea Nacional Constituyente buscó con esta disposición frenar el vicio que tuvo el Tribunal Constitucional de resolver con la frase de *se acepta el amparo Constitucional* sin especificar cuáles eran las acciones que debían adoptarse en razón de esta disposición, lo cual tornó inejecutables en la práctica dichas resoluciones. Ejemplo de lo anterior es la resolución número 140-2003-RA que amparó los derechos de la población de la frontera Norte de Ecuador de las fumigaciones con glifosato que se realizan en el marco del “Plan Colombia”, resolución que no ha sido acatada hasta la publicación del presente libro¹⁴⁰.

Cabe destacar la amplia gama de disposiciones que puede adoptar el juez o jueza de la causa para reparar los derechos de la víctima, las cuales podrían ser la instauración de políticas públicas, reformas legales o reglamentarias, ordenar el inicio de procesos civiles, penales o administrativos en contra de los responsables de la violación del derecho, e inclusive la imposición al demandado de adoptar medidas de acción afirmativa que permitan alcanzar la igualdad material de ciertos grupos humanos respecto al resto de la población¹⁴¹.

La sentencia de una garantía jurisdiccional

La efectividad de la garantía jurisdiccional depende en gran medida de la sentencia, que debe cumplir con:

- Requisitos de forma: Criterios de racionalidad (desarrollar la prueba, los argumentos de las partes, enunciar las fuentes que se utilizó, etc.)
- Requisitos de fondo: desarrollar el contenido de los derechos, reparar integralmente y determinar las obligaciones positivas o negativas de los destinatarios de la sentencia.

140 Tribunal Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 140-2003-RA

141 Art. 11 núm. 2 inc. 3 de la Constitución

2.7. ¿Qué derechos tutelan?

Tradicionalmente las garantías jurisdiccionales han sido identificadas con ciertos derechos específicos (por ejemplo el habeas corpus con el derecho a la libertad personal o el habeas data con el derecho a la privacidad); sin embargo, la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos¹⁴² hacen que cada garantía tenga la potencialidad de proteger varios derechos. Estos derechos son los reconocidos en la Constitución y van más allá de los derechos constitucionales¹⁴³. El artículo 3 núm. 1 de la Constitución establece que es deber primordial del Estado garantizar los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Similar disposición se encuentra en el artículo 10 de la Constitución que declara que las personas, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Finalmente, el artículo 11 núm. 7 de la Carta Magna establece una cláusula abierta en base de la cual otros derechos, no contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de los derechos humanos, también se encuentran reconocidos si emanan de la dignidad de las personas, pueblos, comunidades y nacionalidades y son necesarios para su pleno desenvolvimiento.

En consecuencia, existen tres grupos de derechos tutelados por las garantías jurisdiccionales: (i) los derechos reconocidos en la Constitución; (ii) los derechos establecidos en los instrumentos internacionales; y, (iii) los derechos derivados de la dignidad humana. El primer grupo es, en principio, el más sencillo de delimitar ya que comprende únicamente los derechos reconocidos en la Constitución. Los artículos 12 a 82 están dedicados al desarrollo de los derechos constitucionales, sin embargo se pueden encontrar derechos establecidos en otras secciones, como por ejemplo el derecho a la resistencia (artículo 98) o el derecho a la consulta previa ambiental (artículo 398).

Derechos que tutelan las garantías jurisdiccionales

- (i) Derechos reconocidos en la Constitución.
- (ii) Derechos reconocidos en los instrumentos internacionales.
- (iii) Derechos derivados de la dignidad humana.

142 Art. 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena

143 El artículo 6 de la LOGJYCC establece que la finalidad de las garantías es la protección de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En cuanto a los derechos establecidos en los instrumentos internacionales, la delimitación de los derechos garantizados es más compleja. De la redacción de artículos como el 3 núm. 1, 10 y 11 de la Constitución queda la duda del alcance del término “instrumentos internacionales” y cuál sería la participación del Ecuador en dichos instrumentos. El artículo 57 de la Constitución aclara a que por “instrumentos internacionales” se hace referencia, de forma no exclusiva, a los pactos, convenios y declaraciones. El artículo 93 de la misma norma, sobre la acción por incumplimiento, se refiere a otro grupo de instrumentos internacionales que son las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos. En conclusión, el listado de instrumentos internacionales de derechos humanos que establecen derechos tutelados por las garantías jurisdiccionales es mucho más amplio que los tratados internacionales que han pasado por un proceso de ratificación. No sólo eso, si no que nada habla la Constitución sobre la producción o aceptación del Ecuador en la elaboración de dichos instrumentos, por lo que los derechos reconocidos pueden incluir declaraciones, sentencias o incluso tratados en los que Ecuador no ha sido parte.

Finalmente, se puede solicitar la tutela de derechos no reconocidos en la Constitución ni en los instrumentos internacionales de derechos humanos, si se argumenta que dichos derechos emanan de la dignidad humana y, por tanto, son indispensables para el desenvolvimiento de la persona o colectivo. Inclusive el artículo 98 reconoce el derecho a resistirse a las decisiones estatales que para el titular violan sus derechos, aún los no reconocidos en la Constitución. El derecho a la resistencia sería un mecanismo para demandar el reconocimiento de nuevos derechos, según el texto constitucional.

Por **instrumentos internacionales de derechos humanos** que establecen derechos tutelados por las garantías jurisdiccionales son más amplios que los tratados internacionales que han pasado por un proceso de ratificación. Incluyen a instrumentos como declaraciones, informes, directrices, etc.

2.8. Revisión de la Corte Constitucional y Jurisprudencia Obligatoria

En la Constitución de 2008, el máximo tribunal en materia de interpretación constitucional pasa a ser la **Corte Constitucional**. A diferencia de su predecesor, el Tribunal Constitucional, la Corte no es un tribunal de alzada que resuelve en última instancia las acciones constitucionales; sin embargo, la Constitución le confiere la facultad de generar jurisprudencia en materia de protección de derechos fundamentales. El artículo 86 núm. 5 de la Constitución contiene la disposición de que “todas las sentencias ejecutoriadas [que resuelvan garantías jurisdiccionales] serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia”. Esta facultad está contenida, además, en el artículo 436 núm. 6 de la Constitución:

[La Corte Constitucional ejercerá la atribución 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.

Al ser la Corte Constitucional el máximo órgano de interpretación constitucional, el uso de esta atribución reviste gran importancia: (i) Permite crear **precedentes obligatorios** en materia de alcance de los derechos fundamentales, resolver anomas y antinomias, a ser seguidos por los órganos de la administración encargados de hacer cumplir la ley, así como por los jueces que resuelvan futuras acciones constitucionales jurisdiccionales. (ii) Resuelve los conflictos de **interpretación** de las Cortes Provinciales, cuyos pronunciamientos en la resolución de garantías jurisdiccionales serán precedentes obligatorios en su jurisdicción hasta que exista un pronunciamiento expreso de la Corte. (iii) Facilita la labor de **control** de la Corte sobre las cortes inferiores cuando éstas no sigan los precedentes jurisprudenciales dictados por esta.

Por estas razones la atribución de revisión de sentencias cumple un rol de integración del sistema de garantías, permite la coherencia jurídica del derecho que se general mediante la interpretación constitucional y brinda seguridad jurídica a la sociedad al aclarar los alcances de las normas Constitucionales y, por tanto, hace predecibles los comportamientos que podrían ser violatorios de derechos fundamentales. Lamentablemente, al cierre de este manual, la Corte Constitucional solamente ha utilizado esta facultad tres veces en casi 7 años¹⁴⁴.

144 La Corte Constitucional ha emitido solamente tres sentencias de jurisprudencia vinculante 001-10-PJO, 001-12-PJO-CC y 001-14-PJO-CC.

La LOGJYCC estableció algunos criterios para la selección de sentencias, sin embargo la Corte Constitucional no estaría obligada a fundamentar el cumplimiento de dichos criterios ya que establece que el ejercicio de esta atribución es discrecional¹⁴⁵ y que la no selección no requiere motivación expresa¹⁴⁶. Estos criterios serían: (i) gravedad del asunto, (ii) novedad del caso e inexistencia de precedente judicial, (iii) negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional; y, (iv) relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia.

La Defensoría del Pueblo o un juez o jueza de la Corte Constitucional pueden solicitar la selección. La Corte Constitucional seleccionará o no los casos dentro de un término de veinte días. Si no existe respuesta de la Corte dentro de dicho plazo se entenderá que la sentencia está excluida de revisión. Luego de aceptada una causa a revisión, la Corte debería pronunciarse en el término de cuarenta días. En la práctica este término no se cumple. Resulta preocupante que la ley no abra un espacio para las partes puedan alegar la pertinencia de la selección. Cuando pensamos en concepciones de la Corte Constitucional como espacio de debate público sobre el significado de la Constitución¹⁴⁷, la restricción del acceso a las partes y a la sociedad civil para debatir la importancia de estos casos resulta inadecuada. La discrecionalidad de la Corte en este campo no podría confundirse con arbitrariedad y existen temas como las restricciones a la libertad de expresión, la eliminación de beneficios laborales en el sector público, la supresión de programas sociales, el cambio del modelo penitenciario, entre otras, que son de preocupación para la sociedad civil, están llegando a las Cortes Provinciales vía acciones jurisdiccionales y no llegan a la Corte Constitucional porque no son seleccionadas.

En la primera resolución de esta clase, sentencia 001-10-PJO-CC de 2010¹⁴⁸, la Corte Constitucional diferenció los efectos erga omnes y los efectos inter pares de este tipo de resoluciones. Para la Corte, una parte específicamente señalada en la sentencia como “jurisprudencia vinculante” tendría efecto erga omnes, es decir constituyen reglas adscritas a la Constitución de obligatorio cumplimiento para todos los estamentos del estado y la sociedad civil. Sin embargo, esta afirmación es anti-técnica. Bajo el principio del *stare decisis* es la *ratio decidendi* o las razones por las

145 Art. 25 núm. 2 de la LOGJYCC

146 Art. 25 núm. 3 de la LOGJYCC

147 Sobre este punto ver por ejemplo, Gargarella, Roberto, Teoría y crítica del derecho constitucional, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 145-148.

148 Corte Constitucional del Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 351 de 29 de Diciembre del 2010.

cuales la Corte llega a una decisión la que se convierte en precedente obligatorio para la propia Corte como para las cortes inferiores. La *ratio decidendi* puede estar expresamente contenida en el proceso argumentativo o puede ser extraída mediante la abstracción de los supuestos de hecho del caso y de la decisión de la Corte. Bajo la doctrina de precedente, cada caso que decide la Corte Constitucional es jurisprudencia vinculante para sí misma y para el resto del Estado y la sociedad.

Es importante aclarar que todas las decisiones e interpretaciones que realice la Corte Constitucional son vinculantes (Art. 429 y 436 núm. 1 CRE), pero, la Corte tiene la facultad de emitir *jurisprudencia vinculante* para regular y resolver conflictos relacionados específicamente con las garantías jurisdiccionales y crea reglas de jerarquía constitucional (precedentes obligatorios).

2.9. Medidas cautelares

Una de las innovaciones de la Constitución de 2008 fue separar las medidas cautelares de las acciones jurisdiccionales de conocimiento. La acción de amparo constitucional de la Constitución de 1998 se prestó para varias confusiones, tanto jurisprudenciales como doctrinarias, en donde se discutía su condición de acción cautelar (únicamente destinada a detener una acción que podía causar o estaba causando violación de derechos) o de acción de tutela (destinada a la protección integral de los derechos humanos, por tanto capaz de generar reparación de los daños y garantías de no repetición).

En la Constitución de 2008 dicha disputa queda zanjada al establecerse acciones jurisdiccionales de conocimiento (de protección, extraordinaria de protección, habeas corpus, habeas data, acceso a la información y por incumplimiento) y además establecer medidas cautelares que puedan acompañar a dichas acciones o que se propongan por cuerda separada¹⁴⁹. El texto del artículo 87 de la Constitución señala que una solicitud de medidas cautelares puede acompañar a todas las acciones jurisdiccionales constitucionales.

149 Art. 87 de la Constitución.

Las medidas cautelares serán las más efectivas para evitar o cesar la violación de derechos humanos¹⁵⁰. Esto significa que jueces y juezas pueden usar una serie de acciones como la suspensión temporal o definitiva de actos administrativos, la asignación de recursos para compras de medicamentos, la adopción de medidas alternativas al desalojo, la adopción de medidas de protección personal, etc. La LOGJYCC establece que los requisitos para dictar la medida son la **inminencia de la violación y la gravedad del daño** que pueda darse. Cabe recordar que los presupuestos de la medida cautelar es evitar o cesar la violación, por lo que en caso de que la acción que viola el derecho ya empiece a causar efectos, el requisito de la inminencia no sería pertinente. La *inminencia* se refiere a un hecho futuro que, de no ser detenido por la decisión judicial, puede inferirse razonablemente que ocurrirá. Tal es el caso, por ejemplo, de una actividad extractiva para la cual se otorgan los permisos legales de desalojo, la ejecución de una sanción en una fecha determinada, etc. Cuando el daño se basa en una especulación que no podría demostrarse razonablemente, la petición sería infundada.

La *gravedad* es definida por la propia LOGJYCC como la posibilidad de causar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación¹⁵¹. Este requisito debe ser entendido en el contexto de los derechos amenazados. La jurisprudencia de la Corte Interamericana, en cuanto a medidas provisionales, y de la CIDH, en cuanto a medidas cautelares, parecería restringir los daños irreparables a las esferas de los derechos a la vida o a la integridad personal. Sin embargo, nuestra Constitución contiene estándares más elevados de protección de los derechos humanos y no restringe la protección de las medidas cautelares constitucionales a un grupo de derechos. Un daño irreversible para la Constitución ecuatoriana se referiría a un grado de afectación severo a cualquier derecho humano que no permita que se revierta el daño luego de un proceso judicial en el que se juzgue la violación.

Las medidas cautelares serán tramitadas de forma preferente, el juez o jueza al calificar la petición podrá dictar medidas provisionales antes de realizar cualquier diligencia probatoria, inclusive la citación a la parte demandada¹⁵². La solicitud de medidas podrá proponerse ante cualquier juez o jueza de instancia, quien deberá dictar las acciones que deberán adoptarse, los responsables de cumplir dichas acciones y las modalidades y plazos de cumplimiento. Las medidas podrán ser revocadas si han sido efectivas y el daño ha sido evitado o si el demandado demuestra que

150 Art. 26 de la LOGJYCC

151 Art. 27 de la LOGJYCC.

152 Art. 33 de la LOGJYCC

no existía fundamente en la petición. Si el juez o jueza rechaza la revisión propuesta por el demandado, éste podrá apelar la decisión¹⁵³. En un claro ejemplo de falta de igualdad de armas, la negativa de otorgar medidas cautelares no es susceptible de apelación¹⁵⁴. La audiencia es facultativa, los jueces y juezas podrán ordenarla si consideran necesaria discutir la pertinencia de la solicitud, la suspensión de las medidas o supervisar su cumplimiento¹⁵⁵.

Requisitos sustanciales para presentar una medida cautelar

- i) Inminencia de la violación de un derecho (si se busca evitar que ocurra en el futuro).

La inminencia es un hecho futuro que se puede inferir que ocurrirá. No es igual a una simple especulación.

No se requiere demostrar la inminencia si la violación ya se ha consumado.

- ii) Gravedad de la violación del derecho

Se fija por la posibilidad de causar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación de cualquier derecho.

2.10. Ejecución de las resoluciones de garantías jurisdiccionales

Uno de los grandes defectos del sistema de garantías jurisdiccionales antes de la Constitución de 2008 fue la falta de ejecución de sus fallos. Las resoluciones del entonces Tribunal Constitucional terminaban con un lapidario se “acepta” o se “se rechaza” la acción propuesta. En los casos en que se alegaba la violación de una obligación negativa del Estado, la resolución favorable se podía interpretar como la obligación de retrotraer la situación hasta el punto anterior al acto violatorio de derechos humanos. Sin embargo, en casos en que el daño estaba provocado y requería reparación o en casos en que se requería la adopción de medidas positivas para la tutela, en especial de derechos sociales, la simple aceptación del recurso no aclaraba la situación jurídica.

153 Art. 35 de la LOGJYCC

154 Art. 33 de la LOGJYCC

155 Art. 36 de la LOGJYCC

Resoluciones como la No. 0655-05-RA, por la que el Tribunal Constitucional concedió amparo a un grupo de trabajadores tercerizados de la Planta de Esmeraldas de Petroindustrial, que exigían ser incorporados como trabajadores de pleno derecho en la nómina de la empresa estatal¹⁵⁶; la Resolución No. 140-03-RA, por la que se concedió el amparo a los pobladores de frontera afectados por las fumigaciones con glifosato en el marco del Plan Colombia, que exigían una serie de prestaciones del Estado por la omisión de tutelar sus derechos ante las acciones del Gobierno colombiano¹⁵⁷; o, la Resolución 0076-2005-HC que concedió el habeas corpus por la desaparición de Luís Eduardo Guachalá en manos de agentes del estado y en el que se solicitaba la investigación efectiva por parte del Estado de los hechos¹⁵⁸, nunca fueron ejecutadas. El Tribunal Constitucional tampoco fue efectivo para vigilar y exigir el cumplimiento de sus resoluciones. Los tres ejemplo propuestos dieron lugar a procesos en contra de Ecuador ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por, entre otros derechos, la violación al derecho a la protección judicial (artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) por falta de provisión de recurso judicial efectivo. Para la Corte Interamericana la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye:

“...una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”¹⁵⁹.

156 Resolución del Tribunal Constitucional 655, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 11 del 30 de enero del 2007.

157 Resolución del Tribunal Constitucional 140, Registro Oficial 130, 22 de Julio del 2003.

158 Resolución del Tribunal Constitucional 76, Registro Oficial Suplemento 320, 25 de Julio del 2006

159 Corte I.D.H., Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de

Nada ha cambiado desde entonces, serán los mismos jueces civiles, los mismos funcionarios públicos e incluso los mismos magistrados y magistradas del ex-Tribunal Constitucional quienes conozcan y resuelvan las acciones de protección y otras garantías. Si bien la actual Constitución faculta al juez o jueza de la causa ordenar la destitución del funcionario que no cumpla con su resolución¹⁶⁰, disposiciones similares se encontraban en la Ley de Control Constitucional sin que haya sido aplicada de forma sostenida por el extinto Tribunal.

La Corte Constitucional cuenta ahora con una atribución específica de “conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales”¹⁶¹, la cual dio lugar en la LOGJYCC a la acción que la doctrina ha llamado “**acción de incumplimiento**” para diferenciarla de la garantía constitucional jurisdiccional “acción por incumplimiento”.

Dos problemas jurídicos aparecen junto con esta nueva acción de incumplimiento: (i) la naturaleza de las sentencias de garantías jurisdiccionales; y, (ii) se convierte esta acción en un nuevo recurso al que las partes deben acudir para terminar el procedimiento de garantía jurisdiccional.

En cuanto a la naturaleza de las sentencias de garantía, la LOGJYCC dispone que fueran de inmediato cumplimiento¹⁶². Es decir, bastaría solamente con la sentencia emitida a favor de la persona accionante para que se proceda a su ejecución¹⁶³, el juez, jueza o corporación que resuelva la acción debe vigilar su ejecución¹⁶⁴ y, en caso necesario, ordenar la destitución del funcionario que desacate sus disposiciones. La falta de ejecución constituye una falta del juez, jueza o corporación¹⁶⁵, lamentablemente dicha falta no se encuentra sancionada en todos los casos en la LOGJYCC de manera que constituya una amenaza real para los funcionarios judiciales en caso de no cumplir con su obligación. En conclusión, las sentencias de garantías jurisdiccionales no deberían requerir procedimientos adicionales para su

1987, Serie A No 9, párr. 24.

160 Cfr. Art. 86 núm. 4 de la Constitución

161 Art. 436 núm. 9 de la Constitución

162 Art. 162 LOGJYCC

163 El Art. 24 de la LOGJYCC establece que la apelación no suspende la ejecución cuando el apelante sea la persona o entidad accionada.

164 Art. 163 de la LOGJYCC

165 Art. 163 de la LOGJYCC

ejecución, ya que estas además, afectarían sus características de acciones rápidas, sencillas y efectivas para la protección de derechos fundamentales. Sin embargo, estas características son violentadas por la LOGJYCC al exigir un proceso de liquidación de indemnizaciones en caso de existir una reparación material¹⁶⁶ y al proponer una “acción de incumplimiento” que no conlleve sanción para el juez o jueza que deja de ejecutar su fallo.

La segunda cuestión viene íntimamente relacionada con la primera. Si no existen incentivos para que jueces y juezas ejecuten sus fallos hasta el máximo de sus atribuciones legales y constitucionales, entonces la “acción de incumplimiento” se convierte en una nueva instancia a agotar para las víctimas de derechos humanos. En especial por el hecho de que en caso de incumplimiento de una sentencia de garantía jurisdiccional dictada por la Corte Constitucional, sería la propia Corte la encargada de resolver la acción de incumplimiento¹⁶⁷. Es decir, la Corte que incumple con su obligación de ejecutar sus decisiones inicia un nuevo proceso cuyo resultado será (en el mejor de los casos) la ratificación de la obligación que ya estaba establecida en la ley. Además, en cuanto al acceso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Procuraduría General del Estado ha levantado ante la CIDH la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos porque las víctimas, luego de haber ganado en dos instancias y ante años de falta de ejecución por parte del Tribunal Constitucional, no habrían agotado la acción de incumplimiento. La CIDH rechazó dicho argumento ya que la acción de incumplimiento no estaba a disposición de las víctimas en el momento en que ocurrieron los hechos, sin embargo no se pronunció sobre la necesidad de agotar dicha medida¹⁶⁸. En cualquier caso, la necesidad de una acción para dar cumplimiento a sentencias de inmediato cumplimiento representa una carga excesiva para las víctimas de violaciones de derechos humanos.

La LOGJYCC establece que la acción de incumplimiento podrá ser presentada por quien se considere afectado por la inejecución del fallo dentro de un plazo razona-

166 Art. 19 LOGJYCC. Este artículo además pretendía ampliar ad infinitum estos procesos al permitir que sobre la resolución de determinación de montos se puedan interponer recursos de apelación, casación y demás que permitan los códigos adjetivos que regulan las vías civil y administrativa. La Sentencia 004-13-SAN-CC (publicada en el Registro Oficial Segundo Suplemento 22 de 25 de Junio del 2013) declaró la inconstitucionalidad parcial de dicho artículo dejando ú

167 Art. 163 inc. 3 de la LOGJYCC

168 CIDH, INFORME No. 141/10, Petición 247-07, Admisibilidad, Caso Luis Eduardo Guachalá Chimbó, ECUADOR, párr. 36.

ble o si no se ha ejecutado totalmente¹⁶⁹. El o la accionante solicitará al juez o jueza que emite la decisión que remita el expediente a la Corte Constitucional. El juez o jueza tendrá cinco días término para remitir el expediente junto a una explicación de su incapacidad de ejecutar el fallo¹⁷⁰. Si el juez o jueza no remitiese el expediente, la persona accionante podrá pedir directamente a la Corte Constitucional que exija el envío del expediente, dentro de los diez días posteriores al cumplimiento del término¹⁷¹. Si fuese la Corte Constitucional la que emitió el fallo, la petición se hará directamente¹⁷².

En palabras de la Corte y Comisión Interamericana de derechos humanos, un recurso o acción (como son las garantías jurisdiccionales) son inefectivas e ilusorias si no se ejecutan.

En los siguientes capítulos se desarrollaran las características específicas de cada acción constitucional jurisdiccional. Si no se indica otra cosa, se entenderá que dichas acciones se encuentran regidas por las disposiciones antes descritas.

169 Art. 164.1 de la LOGJYCC

170 Art. 164.2 de la LOGJYCC

171 Art. 164.3 de la LOGJYCC

172 Art. 164.4 de la LOGJYCC

Capítulo III. La acción de protección

En este acápite se desarrollarán algunas perspectivas de la aplicación correcta y garantista de la acción de protección. No debe ser extraño partir desde una esceptica respecto a esta garantía constitucional cuando se constata la efectividad que ha tenido en nuestro sistema. Desde la teoría, la acción de protección es una vía de exigibilidad de los derechos humanos, de efectivizar el valor normativo de la Constitución¹⁷³ y de establecer los anunciados límites al poder ofrecidos por el Constitucionalismo. Sin embargo, esta potencialidad ha estado muy lejos de ser explotada debido a las constantes restricciones normativas e institucionales que han sufrido al punto de haber sido reducida en la práctica a una medida inútil en la mayoría de los casos.

La falta de efectividad de la acción de protección comienza con su antecesora, la acción de amparo constitucional¹⁷⁴. Varios fueron los problemas para el funcionamiento de la acción de amparo durante los casi 10 años de vigencia de la Constitución de 1998: falta de calidad lógica, argumentativa y jurídica de las resoluciones, politización de las decisiones, intentos ilegítimos de limitar las garantías constitucionales (por ejemplo mediante resolución de la ex Corte Suprema de Justicia), falta de técnica jurídica en materia de creación de precedentes jurisprudenciales por parte del Tribunal Constitucional, falta de preparación de los jueces y juezas en materia de Derecho Constitucional y Derechos Humanos¹⁷⁵; y, finalmente, las resoluciones no tenían vías efectivas de ejecución.

173 Art. 424 de la Constitución

174 Para un estudio detallado sobre la aplicación del amparo constitucional ver: Ramiro Ávila Santamaría, “El Amparo Constitucional...”, op. cit., pp. 359 y ss.

175 Entre los errores conceptuales más destacados estaban la de equiparar la palabra “acto” con “acto administrativo”, la de considerar que el amparo era solamente cautelar, el uso de nociones del derecho civil como considerar el daño como generador de la legitimidad pasiva, o las constantes decisiones contradictorias resultado de la falta de respeto al precedente jurisprudencial generado.

Con todas estas falencias, poco se podía esperar de la acción de protección cuando esta iba a ser aplicada en el mismo estado, con los mismos políticos y, además, con el mismo Tribunal Constitucional ahora autoproclamado Corte Constitucional. En efecto, ya en los primeros días de vigencia se dieron dos hechos lamentables: (i) el Tribunal Constitucional (órgano de conformación política) se autoproclamó como Corte Constitucional; y, (ii) esta nueva Corte Constitucional “para el período de transición” emitió un reglamento para el ejercicio de sus nuevas competencias¹⁷⁶.

En primer lugar, la Corte Constitucional para el período de Transición estaba integrada por vocales electos no por sus capacidades, sino por cálculos políticos. Durante la vigencia de la Constitución de 1998, el Tribunal Constitucional contó con destacados juristas, sin embargo nada tenían que ver los méritos en un proceso de selección que obedecía a la repartición de plazas que negociaban los partidos políticos representados en el Congreso al principio de cada período. Una de las juristas destacadas que pasaron por el Tribunal Constitucional y que participó en la Corte Constitucional para el período de transición, Doctora Nina Pacari, develó en una entrevista como la Corte Constitucional para el período de transición puso a un lado los derechos humanos y garantizó que el Estado siempre gane¹⁷⁷. Posteriormente, la primera Corte Constitucional electa de acuerdo a la Constitución de 2008 no fue electa mediante un concurso abierto que permita a cualquier ciudadana o ciudadano que cumpla con los requisitos participar para que así las personas más aptas ocupen la institución del Estado más importante del Estado Constitucional. El resultado de las listas cerradas de las cuales se debía escoger a los miembros resultó en que los y las juristas más importantes del país no hayan sido tomados en cuenta y que, por el contrario, a quienes fueron cercanos al ejecutivo se les ratifique en el cargo y se les impulse a espacios internacionales, aún ante la evidente falta de idoneidad para ocupar estos cargos¹⁷⁸.

En segundo lugar, la Corte introdujo una serie de normas que debían ser reguladas

176 Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, Publicadas en el Registro Oficial No. 466 del jueves 13 de noviembre del 2008.

177 El Comercio, <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/nina-pacari-corte-se-encargo.html>, visita: 25/09/2015.

178 Ante la candidatura de Patricio Pazmiño como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo presidente de la Corte Constitucional del Ecuador y cercano al gobierno de turno, un grupo de destacados juriconsultos y defensores de derechos humanos emitieron una carta pública de rechazo a su candidatura. Ver Carta en: http://www.eluniverso.com/sites/default/files/archivos/2015/06/carta_p._pazmino_vf.pdf, visita: 25/09/2015.

mediante ley orgánica y que limitaban significativamente las posibilidades de que la acción de protección de sea un recurso efectivo para la protección de derechos humanos. La más importante estaba contenida en el artículo 43 núm. 3 de las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición (en adelante Reglas de Procedimiento) que llevaba por título “no subsidiariedad”, sin embargo, el texto de la disposición definía un recurso subsidiario: “No se podrá acudir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en reemplazo de las acciones ordinarias establecidas en la ley, salvo que se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Un recurso rápido y sencillo para la protección de los derechos humanos no puede ser subsidiario de las demás acciones ordinarias, adoptar el criterio de subsidiariedad de la acción implica una limitación significativa al acceso a esta garantía que no fue establecida en la Constitución, por lo que se debe suponer que la Asamblea adoptó la concepción más amplia, es decir, la no subsidiariedad.

Posteriormente, se aprobó la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) la cual derogó las reglas dictadas por la Corte y estableció nuevas formas, aún más severas, de limitar el funcionamiento de las garantías jurisdiccionales en general, pero sobre todo de la acción de protección. En los siguientes párrafos se desarrollarán tanto los requisitos constitucionales como los de la LOGJCC. El desarrollo de estos temas irá acompañado de la explicación de cómo varias de estas regulaciones son inconstitucionales y de cómo en la práctica han logrado limitar la acción de protección aún más desde lo institucional que desde lo normativo.

3.1. Objeto

La acción de protección fue creada mediante el artículo 88 de la Constitución de 2008. Mediante esta acción se busca dar “amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución”¹⁷⁹. La acción de protección es la versión del sistema ecuatoriano de la institución jurídica comúnmente denominada amparo constitucional, de vital importancia para el estado constitucional. En el estado constitucional ecuatoriano se puede identificar una “triada” de garantías para la Constitución: la acción de protección (amparo), la acción extraordinaria de protección y la acción de inconstitucionalidad. El amparo fue creado para dar pleno efecto jurídico a la normatividad de la constitución, mediante esta acción se podrá

179 Art. 88 de la Constitución

cuestionar la compatibilidad con los derechos humanos de los actos y omisiones de las instituciones del estado. Las otras dos acciones que componen la triada son la acción extraordinaria de protección y la acción de inconstitucionalidad, las cuales fueron creadas para vigilar el cumplimiento de la Constitución y los derechos humanos en las decisiones judiciales y en los actos normativos, respectivamente.

La particularidad del amparo constitucional, respecto a las acciones desarrolladas por el derecho administrativo, es su independencia del desarrollo infra-constitucional. El juez o jueza que conoce una acción de protección debe manejar un cuerpo normativo muy concreto integrado por las normas constitucionales, las normas adscritas a las disposiciones constitucionales y las normas que integran el “bloque de constitucionalidad”. Esta es la razón por la que el análisis de constitucionalidad difiere del análisis de legalidad. La jurisdicción constitucional, mediante las acciones jurisdiccionales y en particular la acción de protección, estará encargada del primero y la jurisdicción contencioso administrativa del segundo. La especificidad de cada jurisdicción hace que no puedan considerarse una subsidiaria de la otra, ni viceversa. Si la pretensión de la persona accionante es la aplicación directa de los derechos constitucionales, la vía adecuada será la constitucional. Si por el contrario la pretensión se basa en el incumplimiento de la ley la vía será la contencioso-administrativa.

Por las mismas razones antes esgrimidas, la acción de protección o amparo constitucional no puede ser una acción residual. Si la subsidiaridad implica que la víctima de una violación debe primero acudir a la vía ordinaria antes de presentar una acción de protección, la residualidad conlleva a la imposibilidad de presentar la acción a menos que no exista otra vía judicial. Si bien el amparo es una institución que se puede implementar de distintas maneras, para que las vías ordinarias se ajusten a esta institución se requeriría que al menos: (i) los jueces y juezas que resuelvan las vías ordinarias estén obligados a aplicar directamente la Constitución en caso de anomia, (ii) que de identificarse una antinomia entre la ley y la Constitución o de constatarse un resultado inconstitucional de la aplicación de la norma infra-constitucional, el juez o jueza debe estar en la capacidad de inaplicar la norma infra-constitucional en el caso concreto; y, (iii) la vía ordinaria de que se trate debería regirse por los mismo principios de sencillez y rapidez.

Siendo el estado el principal destinatario de la acción de protección, la vía ordinaria que se aduce como la adecuada para conocer de violaciones de derechos constitucionales en la contencioso-administrativa. Sin embargo, esta vía está muy lejos de cumplir con al menos dos de los tres requisitos señalados. En primer lugar, si bien es cierto el artículo 426 de la Constitución dispone que “[l]as juezas y jueces [...]

aplicarán directamente las normas constitucionales [...] aunque las partes no las invoquen expresamente”¹⁸⁰, esta norma es de amplia aplicación ya que, a menos que exista una clarísima incompatibilidad con la Constitución, las juezas y jueces actuarán de acuerdo a la competencia que les asigna la ley. En segundo lugar, aun cuando encuentren ésta clara incompatibilidad normativa con la Constitución, las juezas y jueces no están expresamente habilitados por la Constitución de 2008 para inaplicar normas en los casos concretos¹⁸¹. El artículo 428 de la Constitución establece que en caso de que la jueza o juez encuentre una norma inconstitucional deberá suspender el trámite y remitir en consulta el caso a la Corte Constitucional. La norma citada se refiere a inconstitucionalidad en abstracto y no cubre los casos en los que el resultado en el caso concreto es inconstitucional y no en todos los supuestos de aplicación de la norma. Finalmente, la vía ordinaria contencioso administrativa se caracteriza por su formalidad, carácter eminentemente técnico y las largas esperas que superan la media década. Ante estas falencias, la acción de protección es la única medida efectiva para proteger los derechos humanos de las personas, su limitación o restricción solamente la desnaturaliza y deja en indefensión a los seres humanos.

Acción de protección	Acciones en el contencioso administrativo
<p>Examen de constitucionalidad:</p> <p>La pretensión: aplicación directa de los derechos y reparación integral.</p> <p>Es sencilla, rápida e efectiva.</p>	<p>Examen de legalidad:</p> <p>La pretensión: cumplimiento de la ley, declaración de vicios de nulidad y/o se indemnizaciones.</p> <p>Es formal, técnica y ha demostrado ser tardía en su resolución.</p>

180 Art. 426 de la Constitución

181 Dicha competencia sí era atribuida expresamente en la Constitución de 1998 en su artículo 274: “Art. 274.- Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido.

Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio.”

La rapidez, sencillez y efectividad de esta acción dependerán en gran medida de las reglas que regulan el ejercicio de la misma. Como ya se analizó en las disposiciones comunes a las garantías, las reglas que actualmente rigen esta acción jurisdiccional y las políticas institucionales del Consejo Nacional de la Judicatura han buscado, y en gran medida han conseguido, restringir esta acción hasta convertirla en la práctica en un recurso ilusorio, como se analizará en los siguientes acápit.

3.2. Derechos tutelados

La acción de protección es una garantía jurisdiccional genérica que tutela todas las situaciones que no se encuentran tuteladas por una garantía específica. Estas situaciones jurídicas excluidas de la acción de protección son: (i) la impugnación de una situación de privación de la libertad de iure o de facto (habeas corpus); (ii) el acceso información pública (acción de acceso a la información pública); (iii) el acceso, corrección o eliminación de datos personales (habeas data); (iv) la violación de derechos fundamentales en el marco de un proceso judicial (acción extraordinaria de protección); y, (v) el incumplimiento de las disposiciones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y, en general, de las normas que integran el ordenamiento jurídico (acción por incumplimiento).

Los derechos tutelados por la acción de protección, de acuerdo al artículo 88 de la CRE, son los “derechos reconocidos en la Constitución”, mientras que el artículo 39 de la LOGJYCC señala que serían los “derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos”. Una lectura sistemática de la Constitución nos permite entrever que la categoría “derechos reconocidos en la Constitución” no es una lista cerrada que pueda extraerse del texto constitucional, sino que es un grupo de derechos integrado por los derechos expresamente reconocidos en la Constitución, los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos, los derechos reconocidos por los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos, los derechos reconocidos en los “instrumentos internacionales” que por exclusión de los anteriores sería el denominado softlaw y cualquier derecho que emane de la dignidad humana:

- El artículo 3.1 de la Constitución señala que es deber primordial del Estado la garantía de los derechos “establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.
- El artículo 10 de la Constitución establece que bajo la jurisdicción de Ecuador

“las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.

- El artículo 11.3 de la Constitución consagra las características de directa e inmediata aplicabilidad y plena justiciabilidad de los derechos “establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos”.
- El artículo 11.7 de la Constitución amplía el catálogo de derechos mediante una cláusula abierta por la cual serían también garantizados en el país “los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.
- Respecto a los derechos de las nacionalidades y pueblos indígenas, el artículo 57 de la Constitución señala que se les reconocerán una lista de derechos específicos que deben ser interpretados “de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos”.

La mayoría de los tratados internacionales y demás instrumentos internacionales contienen los mismos derechos que están expresamente recogidos en la Constitución, la relevancia de estas disposiciones radica en cómo esta pluralidad de fuentes da contenido a dichos derechos. Los derechos humanos son normas jurídicas en forma de principios con un alto grado de indeterminación. Su alcance se desarrolla mediante reglas constitucionales y, sobretodo, mediante la aplicación que se hace de estos en los casos concretos que analizan los órganos de supervisión de estos derechos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Corte Constitucional, etc.) todos estos órganos generan normas adscritas al derecho humano que facilitan su aplicación en casos posteriores.

Para aclarar lo anterior se puede plantear un ejemplo. El derecho a la libertad de expresión se encuentra expresamente reconocido en la Constitución, la CADH y el PIDCP. En el caso de una persona condenada penalmente por referirse a la actuación de un funcionario público en un asunto de interés público, ninguno de los tres instrumentos da una respuesta clara sobre la violación o no del derecho a la libertad de expresión en estos casos. Sin embargo, sus órganos de supervisión pueden tener ya normas adscritas al derecho humano libertad de expresión que sean relevantes e incluso obligatorias para la jueza o juez ecuatoriano. La Corte IDH y

la CIDH en sus casos individuales¹⁸² y sus informes sobre libertad de expresión¹⁸³, respectivamente, han creado la norma adscrita al artículo 13 de la CADH (libertad de expresión) “nadie podrá ser sujeto de sanción penal por expresar su opinión o difundir información respecto a asuntos de interés público respecto a un funcionario público”. Dicha interpretación resulta relevante en la aplicación del derecho a la libertad de expresión en el ámbito local.

La acción de protección protege todos los derechos de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Todas estas fuentes le dan contenido a los derechos.

Al presentar una acción de protección la o el accionante tiene derecho a que se aplique en su favor todo el contenido que se ha desarrollado de dicho derecho en los “instrumentos internacionales de derechos humanos”. Esto requiere un conocimiento profundo de las fuentes de derecho internacional e incluso de derecho constitucional comparado por parte de juezas, jueces, abogadas y abogados litigantes; lamentablemente dicho conocimiento no se encuentra ni siquiera a nivel de la Corte Constitucional

3.3. Legitimación activa

La acción de protección, en cuanto a legitimación activa, se rige por las normas generales de las garantías jurisdiccionales. Según la Constitución, cualquier persona, grupo, pueblo, colectivo o nacionalidad pueden presentar la acción de protección sin que exista otro límite a la legitimación activa¹⁸⁴. Este es un elemento objetivo de la legitimación activa por el cual basaría pertenecer a una de estas categorías: (i) persona; (ii) grupo; (iii) pueblo; (iv) colectivo; (v) nacionalidad; y, (vi) comunidad para poder presentar una acción de protección. Sin embargo, la LOGJYCC establece un elemento subjetivo inconstitucional por el cual solamente podrán ser ac-

182 Corte IDH Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111; Caso Eduardo Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

183 CIDH, Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, Informe 2010, párr. 79, 110, 112.

184 Art. 86 núm. 1 de la Constitución.

tores de una garantía jurisdiccional, como la acción de protección, a quienes tenga calidad de víctimas directas o indirectas de la violación de derechos humanos que se alega¹⁸⁵.

La LOGJYCC, además limita la posibilidad de que exista un agente oficioso que presente la acción, al establecer que la comparecencia será a través de sí misma, representante o apoderado. El único agente oficioso que la mencionada ley reconoce es el Defensor del Pueblo¹⁸⁶. Como ya se explicó en la parte pertinente, esto constituye una limitación inconstitucional del acceso a la acción de protección: (i) porque impone una formalidad al acceso a la acción de protección, la cual está prohibida por el artículo 11.4 de la CRE, “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías jurisdiccionales”; y, (ii) coloca una carga de prueba (la de ser víctima) en una etapa inicial del proceso (la falta de legitimación activa es una excepción dilatoria), lo que podría degenerar en que los jueces y juezas declaren la inadmisión del proceso sin conocer el fondo del asunto.

Respecto de la única limitación impuesta por la Constitución, es decir el elemento objetivo, para la presentación de una acción de protección, o de cualquier otra garantía jurisdiccional, se requiere pertenecer a una de las 5 categorías citadas por la norma. (i) Las personas pueden de forma individual o como grupo (ii) presentar acciones jurisdiccionales, aun cuando la Constitución y el código civil dividen a las personas en naturales y jurídicas, solamente las primeras son las que pertenecen a la especie humana, tienen una dignidad intrínseca que es la base de los derechos humanos. El artículo 11n.º 7 de la Constitución establece una clausula abierta de reconocimiento de nuevos derechos que emanen de la dignidad humana, no se podría considerar que las personas jurídicas, como ficciones jurídicas, puedan ser consideradas personas titulares de derechos fundamentales. Sin embargo, no por esto las personas naturales que han decidido ejercer actividades de distinta índole amparados en una persona jurídica carecen de protección de sus derechos. Las personas jurídicas representan los intereses de grupos de personas, que como tales pueden presentar acciones de protección.

La posición defendida en el párrafo anterior ha sido adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁸⁷, más no por el Tribunal y la Corte Consti-

185 Art. 9 de la LOGJYCC

186 Art. 9 lit. b) de la LOGJYCC

187 Corte IDH, Caso Cantos Vs. Argentina, Sentencia de 7 de septiembre de 2001, (Excepciones Preliminares), párr. 29

tucional de Ecuador¹⁸⁸. Los argumentos de diferenciar entre derechos humanos (aquellos que emanan de la dignidad humana) y los derechos fundamentales (aquellos que se encuentran reconocidos en la Constitución) resulta artificiosa en el contexto de la Constitución Ecuatoriana de 2008 en donde toda la construcción de la doctrina de protección de derechos se desarrolla con referencias a los derechos humanos¹⁸⁹. En todo caso, el término grupo de personas sería lo suficientemente amplio como para cubrir a las personas que actúan detrás de una persona jurídica. La LOGJCC en lugar de hablar de grupo de personas establece la legitimación activa de los colectivos (iv) los cuales serían sinónimos, la rigurosidad con que se exija legitimar la intervención sería proporcional a la formalidad de la constitución del grupo, así en caso de que los socios de una persona jurídica quisiesen presentar una acción de protección deberían presentar sus inscripciones en la Superintendencia de Compañías, mientras que un grupo de personas GLBTI no deberían presentar ninguna prueba de ser legítimos representantes de todas las personas GLBTI de una ciudad o del país.

Respecto a los pueblos (iii) y las nacionalidades (v), corresponden a categorías de grupos que ejercen derechos de manera colectiva, cuyo elemento aglutinante común es la cultura, aunque su alcance es diferente. Un pueblo es un grupo de personas que comparten una cultura común, que se ha mantenido con más o menos variaciones desde sus antepasados y que se auto identifican como parte de dicho grupo¹⁹⁰. El artículo 56 de la Constitución reconoce tres grupos que pueden ser considerados como pueblos: los indígenas, los afroecuatorianos y los montubios. Los grupos que pertenecen a estas tres identidades pueden registrarse como pueblos ante el Consejo de Igualdad de Pueblos y Nacionalidades¹⁹¹, tener títulos colectivos sobre sus tierras y acceder a los derechos contenidos en el artículo 57 de la Constitución que les fuesen aplicables. El término nacionalidad, en cambio, se refiere a los pueblos indígenas que, además de los elementos culturales ya se-

188 Por ejemplo el análisis que realiza OYARTE Rafael en “La acción de amparo constitucional” (p. 38-45), sería válido para la Constitución de 2008.

189 Por ejemplo, el artículo 424 de la CRE consagra el principio pro homine en cuanto a la interpretación de los derechos “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

190 Art 1 del convenio 169 de la OIT

191 Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, publicada en el Registro Oficial Suplemento 283 de fecha 07 de julio de 2014.

ñalados, comparten entre sí un mismo idioma y una organización política. Estas nacionalidades son las que integran en igualdad de condiciones con la nacionalidad mestiza el estado plurinacional del Ecuador. Las nacionalidades ejercen dentro de sus territorios poderes similares a los que han sido tradicionalmente atribuidos al estado central como crear sus propias normas jurídicas¹⁹², decidir sobre la administración de la gestión pública¹⁹³, establecer su propio sistema de gobierno¹⁹⁴, poseer su propio territorio irreductible, inalienable e imprescriptible¹⁹⁵ y administrar justicia¹⁹⁶. Las nacionalidades deben mantener instancias de coordinación tanto con el ámbito ejecutivo (consulta previa sobre decisiones administrativas)¹⁹⁷, en el ámbito legislativo (consulta pre legislativa)¹⁹⁸ y en el ámbito judicial (coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígenas)¹⁹⁹. Los órganos de gobierno de las propias nacionalidades serían quienes pueden legitimar la intervención de una nacionalidad indígena dentro de una acción de protección, o en su defecto, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), órgano de coordinación de las nacionalidades indígenas.

Finalmente, las comunidades (vi) son grupos de personas titulares de derechos colectivos en base a su voluntad de establecerse bajo dicha figura con el fin de tener la propiedad colectiva de las tierras en las que viven y trabajan. Las comunas o comunidades pueden sobreponerse a las categorías anteriores (pueblos o nacionalidades) pero no son lo mismo. Las comunas deben ser reconocidas por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, mientras que los pueblos y nacionalidades se auto reconocen como tales. Las comunas fueron creadas con el fin de reconocer una forma colectiva de producción de la tierra de las personas dedicadas a la agricultura y la ganadería, estos grupos no requieren ningún elemento de identificación cultural para constituirse, siendo más una forma de producción que una categoría étnico-cultural.

192 Art. 57 núm. 10 de la Constitución

193 Art. 57núm. 6 y 57 núm. 8 de la Constitución

194 Art. 57 núm. 9 de la Constitución

195 Art. 57 núm. 4 de la Constitución

196 Art. 171 de la Constitución

197 Art. 57 núm. 7 de la Constitución

198 Art. 57 núm. 17 de la Constitución

199 Art. 171 inc. 2 de la Constitución

En conclusión, existe solamente una categoría absolutamente excluida de la legitimación activa de las garantías jurisdiccionales: el Estado. Incluso las personas jurídicas podrían presentar acciones a través de las personas naturales que la poseen, pero en el caso del Estado esto es imposible. Permitir que el Estado, cualquiera de sus niveles, presente acciones jurisdiccionales equivaldría a decir que en determinados casos los derechos humanos colisionan con “derechos fundamentales del estado”. Ronald Dworkin en su famoso libro “Los Derechos en Serio” advierte de la arbitrariedad a la que se podría llegar al limitar los derechos de las personas por los “derechos de la sociedad”²⁰⁰. Lamentablemente esta posición no ha sido adoptada por la Corte Constitucional Ecuatoriana la cual ha aceptado a trámite (y ha resuelto a favor) en acciones cuyo actor ha sido el Estado Ecuatoriano.

3.4. Actos y omisiones impugnables y legitimación pasiva

La acción de protección cumple la función de irrigar los efectos de la Constitución hacia la sociedad: no sólo los derechos constitucionales generan obligaciones al Estado, sino también a las personas particulares. La legitimación pasiva en la acción de protección se establece en el artículo 88 de la Constitución en función de los actos u omisiones que se traten de impugnar:

- i. Actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial.
- ii. Políticas públicas que priven el goce o ejercicio de un derecho constitucional.
- iii. Actos u omisiones de personas privadas que provoquen daño grave.
- iv. Actos u omisiones de personas privadas que presten servicios públicos impropios.
- v. Actos u omisiones de personas privadas que actúen por delegación o concesión del Estado.
- vi. Actos u omisiones de personas privadas cuando la persona afectada se encuentra en situación de subordinación, indefensión o discriminación.

200 Dworkin, Ronald, Los derechos en serio, Barcelona, Ariel, 2002, p. 296.

El artículo 41 de la LOGJYCC contiene básicamente los mismos casos de legitimación pasiva, especificando únicamente que las políticas públicas que pueden ser impugnadas son las dictadas por todos los niveles del Estado y he incluye una caso específico de procedencia de la acción en contra del prestador de un servicio público. De ser el prestador de servicios una instancia pública, entonces sus actos u omisiones entrarían dentro de los considerados en el acápite i. De ser el prestador de servicio un privado, estaría actuando por delegación, concesión o prestado un servicio público impropio y, por tanto, incluido en los acápites iv y v.

i. Actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial.

Los actos u omisiones a los que se refiere el artículo 88 de la Constitución deben ser entendidos en términos amplios y como referencia a obligaciones jurídicas estatales de hacer o no hacer que emanan de los derechos constitucionales. En la teoría de la responsabilidad del Estado, los actos u omisiones que realizan en contra de una obligación jurídica constituyen en elemento objetivo de la responsabilidad²⁰¹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado ampliamente estos criterios al establecer que los estados tienen respecto a los derechos humanos obligaciones de respeto y garantía²⁰².

La responsabilidad del Estado por acciones u omisiones que violen los derechos es de carácter objetiva, es decir, no se debe probar culpa o dolo de la servidora o servidor público, basta con demostrar que el acto u omisión causó daño

La *obligación de respeto* es una obligación negativa por la cual los agentes estatales (o para el caso las autoridades públicas) deben abstenerse de realizar cualquier acto que provoque la violación de un derecho humano. Estas acciones pueden realizarse formalmente (como en el caso de actos administrativos) o informalmente e incluso clandestinamente como la tortura o la desaparición forzada de personas. Una de-

201 Nash Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (1988 - 2007), Universidad de Chile y otros, Segunda Edición, México, 2009, pág. 12. Sobre la evolución de la responsabilidad en Chávez G. y Garcés M. (editoras), *El derecho a la reparación en el procesamiento penal*, INREDH-CEPAM, Cotopaxi-Ecuador, 2000, pág. 34

202 Por ejemplo, Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 158

claración del Presidente de la República que pueda generar xenofobia, machismo, racismo, homofobia o, en general, ponga en peligro la integridad o el libre goce y ejercicio de los derechos de las personas podría ser considerada un acto susceptible de ser impugnado mediante una acción de protección²⁰³.

La *obligación de garantía* es mucho más amplia. Ésta impone al Estado la obligación de adoptar medidas para proteger los derechos de las personas. Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana esta obligación se subdivide en las obligaciones de *prevenir* razonablemente²⁰⁴, *investigar* seriamente²⁰⁵, *sancionar* pertinentemente²⁰⁶ y *reparar* integralmente las violaciones de derechos humanos²⁰⁷. La prevención se cumple al adoptar todas las medidas adecuadas, incluso normativas, para el pleno goce y ejercicio de los derechos. La investigación de violaciones de derechos humanos (las cuales no se agotan con la vía penal) debe ser seria con todos los medios al alcance del Estado. La sanción (que puede ser de cualquier carácter civil, penal o administrativa) debe ser la contemplada en la ley. Finalmente la reparación debe tomar en cuenta todos los elementos del daño provocado, propender a la restitución in integrum o, cuando no sea posible, a la indemnización por daño material y moral. Además la reparación incluye la rehabilitación, satisfacción y medidas de no repetición.

ii. Políticas públicas que priven el goce o ejercicio de un derecho constitucional.

Política pública es un término extraído de las ciencias sociales de alcances aún indeterminados en el derecho. Las políticas públicas son instrumentos de la administración pública que permiten planificar las formas más efectivas para alcanzar los objetivos que se plantea la administración. Pueden tomar la forma de normas jurídicas, actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, instructivos, etc. La Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, parafraseando a Luís Aguilar Villanueva, afirma que políticas públicas son:

203 Corte IDH, Caso Perozo y otros vs Venezuela Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 155.

204 Corte IDH. Caso Gutiérrez y Familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, Párrafo 165

205 Corte IDH. Caso Gutiérrez y Familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, Párrafo 99

206 Ídem

207 Íbidem

“Un conjunto de decisiones y estrategias adoptadas por una autoridad legítima para resolver problemas públicos complejos [...]. En tal sentido, una política pública es una directriz general que refleja la prioridad y voluntad política del gobierno para modificar una situación determinada. En la práctica, las políticas públicas funcionan como instrumentos que permiten al Estado garantizar los derechos humanos y ambientales, vinculando las necesidades sociales de corto plazo con una visión política a mediano y largo plazo, para así eliminar inequidades [...]. La interrelación de las decisiones de los distintos actores públicos”²⁰⁸.

Sí bien entonces las políticas públicas son un conjunto de actos que podrían impugnarse individualmente, la ventaja de esta disposición consistiría en la posibilidad de alegar que dichos actos es conjunto de decisiones y estrategias que violan los derechos fundamentales del accionante. Por ejemplo, un programa de consulta previa a pueblos indígenas iniciada por un decreto ejecutivo que inicia un proceso para el cual se generan instructivos y otros materiales, que se ejecuta en varias partes del país por múltiples actores, podría ser impugnado como un todo, desde sus elementos normativos, pasando por su implementación mediante actos administrativos, hasta su implementación.

La falta de formalidades en las que se pueden manifestar las políticas públicas hace que las órdenes o decisiones que la administración adopte puedan ser tomadas como políticas públicas si estas alteran la realidad social, como por ejemplo discursos u otros efectos oficiales. Un ejemplo concreto puede ser un discurso del Presidente de la República en el que diga que el país ya no concederá más visas de refugio a ciudadanos colombianos y el efecto de dichas declaraciones es que el Ministerio de Relaciones Exteriores en efecto empiece a rechazar in limine todas las solicitudes que recibe. En este ejemplo propuesto, no existe un documento oficial que contenga la orden, ni una reforma normativa que cambie la forma en la administración deba tratar estos casos, la única razón que podría esgrimir el ejecutivo sería las facultades discrecionales en cuanto a política migratoria del Presidente de la República. La posibilidad de impugnar las políticas públicas concuerda con la tendencia del Derecho Constitucional contemporáneo de que ningún acto estatal puede escapar del control constitucional.

208 Guía para la formulación de políticas públicas sectoriales. Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo Subsecretaría de Planificación Nacional Territorial y Políticas Públicas. Quito, 2011. P. 10.

iii. Actos u omisiones de personas privadas que provoquen daño grave.

En cuanto a la legitimación pasiva de las personas privadas, la Constitución de 2008 amplía el efecto de sus disposiciones al ámbito de las actividades privadas. Tradicionalmente se crean las instituciones de derechos humanos y de derechos fundamentales con el fin de proteger a los seres humanos del gigantesco desbalance de poder entre ellos y el Estado. Sin embargo, las personas privadas se han demostrado capaces de reunir tanto poder como los estados, especialmente en lo económico. La vigencia de los derechos humanos en la actualidad requiere de medidas efectivas que limiten los poderes fácticos (social, político y económico) que tienen los grupos empresariales y que tienen la potencialidad de provocar graves violaciones de los derechos humanos²⁰⁹.

El primero de los supuestos es que el accionar de la persona privada haya provocado un daño grave. El artículo 27 de la LOGJYCC establece que un hecho es grave cuando “pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación”. El criterio es perfectamente trasladable a la provisión del artículo 88 de la Constitución. Existiría entonces legitimación pasiva de los privados cuando hayan realizado un acto u omisión que haya generado un daño irreversible al derecho alegado (que no es susceptible de restitución), cuando la violación al derecho es intensa o frecuente. Ejemplo de este primer caso es la contaminación ambiental, una empresa que contamine fuentes de agua, provoque la destrucción de animales y plantas protegidos podría ser demandado por vía de acción de protección. También serían graves aquellos actos que ya no permiten el ejercicio de un derecho por las condiciones de la violación, por ejemplo una persona privada que impide a un grupo de personas acudir a las urnas a sufragar habría cometido un daño grave al derecho a la participación política ya que pasado el evento electoral las víctimas habrán perdido para siempre la posibilidad de participar en dicho evento.

209 A nivel internacional se destacan las iniciativas como el Global Compact o Pacto Mundial, impulsado por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2000, para que empresas de todas las regiones y organizaciones de la sociedad civil se unan y promuevan el cumplimiento de los diez principios en los que se basa el Pacto, cuyo objetivo es generar una economía sostenible e incluyente a través del respeto y apoyo al cumplimiento de los derechos humanos por parte de las empresas.

Otra interesante iniciativa desde Naciones Unidas son los Principios Rectores Sobre las Empresas y Derechos Humanos aprobados por consenso por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el 2011.

Un ejemplo de la segunda acepción, es decir que daño grave también significa un daño intenso y frecuente, pueden ser los casos extremos de violencia intrafamiliar, en donde la agresión ocurra durante varios años con creciente intensidad. Independientemente de otras acciones que podrían adoptarse en contra de la persona agresora, también sería factible presentar una acción de protección para buscar la reparación de los derechos violados.

iv. Actos u omisiones de personas privadas que presten servicios públicos impropios

Los servicios públicos impropios son aquellos servicios públicos cuya prestación se permite a personas privadas. Dada la importancia de estos servicios, las reglas con las cuales deben operar las personas privadas son las mismas que rigen la misma actividad cuando la realiza el Estado. El artículo 85 de la Constitución consagra que los servicios públicos constituyen una forma de garantía de los derechos constitucionales y se orientan a “hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos”.

En el ámbito de las relaciones privadas existe la libertad de contratación, por la cual el proveedor de un servicio podría escoger con quien suscribe negocios jurídicos, sin tener que dar razones de porque toma sus decisiones respecto a sus clientes. No pasa lo mismo con los servicios públicos impropios, donde el prestador no podría negarse a proveer el servicio que preste sino por parámetros objetivos.

La Corte Constitucional Colombiana ha conocido varios casos en los que se ha impedido a estudiantes de colegios privado ingresar al plantel por no haber cancelado las pensiones correspondientes. La Corte manifestó que una cosa es el derecho de crédito que el colegio tenía con los padres de familia, cuyo pago se podía perseguir incluso judicialmente, pero que el niño no podía ser expulsado del colegio. La razón es que la actividad de enseñanza no se basa en una mera cuestión contractual entre los padres y el colegio, sino que la educación es un derecho fundamental y un servicio público que no puede suspenderse por la falta de pago del canon de matrícula²¹⁰.

v. Actos u omisiones de personas privadas que actúen por delegación o concesión del Estado.

Al igual que en el acápite anterior, existen actividades que de forma excepcional

210 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-983/03, 23 de octubre de 2003.

son confiadas a personas privadas, generalmente relacionadas con sectores estratégicos del Estado²¹¹. En dichos casos, el Estado no pierde la potestad exclusiva de “administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos”, sino que lo hace mediante personas privadas, las cuales durante el ejercicio de la delegación o concesión actúan como agentes estatales, a los cuales se les puede exigir el mismo comportamiento que los agentes del Estado.

vi. Actos u omisiones de personas privadas cuando la persona afectada se encuentra en situación de subordinación, indefensión o discriminación.

Finalmente, cabe presentar una acción de protección en contra de personas privadas cuya posición de poder coloca a los actores en una situación de vulnerabilidad. La Constitución establece tres formas en que se expresa dicha vulnerabilidad, *la subordinación o situación relativa de poder* (como la que puede tener un profesor y una alumna, o una empleadora y un trabajador); *la indefensión o la imposibilidad de detener los efectos negativos* de las decisiones de la persona privada (como puede ocurrir cuando una universidad privada decide expulsar a un alumno sin debido proceso); o, de *discriminación*.

La obligación de no discriminación es la categoría más amplia y significa que las personas privadas tienen la carga de respetar, acorde al derecho a la igualdad en sus diferentes actividades. La discriminación denota todo trato diferente, distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en las categorías sospechosas contenidas en el artículo 11n. 2 de la Constitución o por cualquier otra razón que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos constitucionales²¹².

El artículo 11n. 2 de la Constitución contiene uno de los catálogos de categorías sospechosas más amplios: “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”. La base de esta disposición es darle mayor efectividad jurídica al principio de igualdad, ya que las personas privadas en situación de poder no podrán alegar la autonomía de sus acti-

211 Art. 313 de la Constitución

212 Cfr. Art. 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

vidades para despedir a una persona portadora de VIH, exigir el cabello corto a los hombres en instituciones educativas o desechar la aplicación de una persona para un trabajo por el color de su piel. Estas conductas pueden dar lugar a una acción de protección.

3.5. Requisitos de admisibilidad

El artículo 88 de la Constitución que consagra la institución de la acción de protección no contiene ninguna restricción en cuanto a la admisibilidad. Sin embargo la LOGJYCC contiene algunas reglas que limitan, algunas de forma excesivamente gravosa, el acceso a este recurso. Estas reglas son: (i) la residualidad de la acción de protección; (ii) falta de caracterización de violación de derechos constitucionales; (iii) cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos; (iii) cuando se impugne la constitucionalidad o legalidad; (iv) cuando el acto administrativo pueda ser revocado por vía judicial; (v) cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho; (vi) cuando se impugnen providencias judiciales; y, (vii) cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral. Si se presenta una de estas situaciones, no procede la acción de protección.

(i) La residualidad de la acción de protección

El artículo 40 núm. 3 de la LOGJYCC establece que uno de los requisitos para la presentación de la acción de protección es la “inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho”. La residualidad o la subsidiariedad de la institución del amparo constitucional (acción de protección) altera de forma significativa su naturaleza, cualquiera de las dos doctrinas limita el acceso a esta acción: para los casos en que no exista otra vía judicial (residualidad)²¹³ o que se hayan agotado otras vías judiciales antes de presentar esta acción (subsidiariedad).

Existe una tercera posibilidad, esto es la coexistencia de la acción de protección con las demás vías judiciales del Estado, diferenciando a esta institución de las demás por el tipo de normas que aplica, así mientras las vías ordinarias analizan las leyes que recaen dentro de su competencia en razón de la materia, la vía constitucional analiza la violación o no de derechos constitucionales. La tercera posibilidad fue

213 Como bien lo establece Rafael Oyarte, el amparo de la Constitución de 1998 no tenía las características de subsidiariedad ni residualidad (OYARTE, p. 170).

la consagrada en la Constitución del 2008, al no existir en su artículo 88 ninguna referencia a una limitación que convierta a la acción de protección en residual o subsidiaria y al establecer expresamente que su objeto es el amparo de los derechos constitucionales.

La limitación de la residualidad o subsidiaridad se convierte, entonces, en inconstitucional.

Se podría defender la posición contraria, en el sentido de que: (a) la Constitución es de directa aplicación por parte de todas las jueces y jueces, tribunales y cortes del país; y, (b) la disposición contenida en el artículo 40 núm. 3 de la LOGJYCC contiene una excepción (la falta de adecuación y eficacia del recurso ordinario). En efecto, el artículo 426 de la CRE dispone que “las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución,” por lo que podría sostenerse que independientemente de la vía ordinaria que se utilice se podría alegar la violación de un derecho constitucional, dicha violación podría ser declarada aún a costa de las normas legales aplicables en el caso concreto y que se podría reparar la violación en el mismo procedimiento. Estos argumentos son falaces ya que desconocen que la acción de protección tiene características propias de las cuales las demás vías ordinarias carecen.

En primer lugar, la acción de protección recoge la institución del amparo constitucional, el cual según la Convención Americana²¹⁴ y la Corte Interamericana debe ser un recurso rápido, sencillo y eficaz para el amparo de los derechos humanos²¹⁵. A menos que existiese una reforma integral de todo el sistema judicial ordinario, los procesos civiles, penales y administrativos están lejos de cumplir con los presupuestos de rapidez y sencillez y quizá eso sea deseable hasta cierto punto. Basta con analizar el proceso penal, el cual por proteger a la persona encausada es extremadamente formal, las acusaciones que se formulen deben ser demostradas por pruebas más allá de cualquier duda razonable de la inocencia del acusado o acusada. El proceso penal, además, permite la presentación de una serie de recursos, garantía de varias instancias y, finalmente, la posibilidad de casación ante la Corte Nacional

214 Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

215 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87 Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay del 6 de octubre de 1987, párr. 23

de Justicia. Aún cuando estos procesos deben ser ágiles, no se podría llegar a los estándares de una acción de protección (dos instancias, sin posibilidad de recursos posteriores, informalidad de la prueba, presunción de que los hechos son ciertos de no existir prueba en contrario, si no existen incidentes según la LOGJYCC la acción de protección debería estar resuelta en 15 días incluida la apelación). Las vías civil y administrativa son aún más complejas y extensas, las pruebas corren a cargo de las partes en litigio y en temas fiscales, de coactiva o de daños y perjuicios se debe presentar caución para presentar acciones y recursos. Aún cuando los jueces cumplieren lo que manda el artículo 426 de la Constitución, no existe acceso a todas las personas a esta clase de recursos (por los costos de la prueba y la necesidad de un abogado).

En segundo lugar, la excepción contenida en el 40 núm. 3 de la LOGJYCC no se encuentra respaldada en la propia ley. Esta excepción establece que se podría presentar una acción de protección aun cuando exista una vía judicial ordinaria si dicha vía no es adecuada y eficaz. Estos dos estándares, tomados del Sistema Interamericano, tienen un amplio desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mismo que no fue incluido en la LOGJYCC. Para la CorteIDH, un recurso *adecuado* es el que está diseñado para tutelar el derecho que se alegue violado²¹⁶ y es *efectivo* el recurso que permite resolver la violación del derecho²¹⁷. El artículo 46 núm. 2 de la CADH desarrolla estos parámetros, no existiría un recurso adecuado si “no exist[e] en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados” y no serían efectivos los recursos ordinarios sí “no se [hubiese] permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos [...] o haya sido impedido de agotarlos”. Finalmente no serían adecuados los recursos de haber “retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”. Finalmente, la CorteIDH ha manifestado sobre la efectividad de los recursos:

“En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso [efectivo] exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circums-

216 Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, Párrafo 299

217 Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, Párrafo 111

tancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial²¹⁸.

De esta disposición se coligue que no serían efectivos los recursos que: (i) no permitan la declaración de la violación de un derecho humano; (ii) no permitan remediar la violación de un derecho; (iii) las que por las particularidades del país o del caso resulte ilusorio; (iv) cuando el poder judicial carezca de independencia; y, (v) cuando no existan vías para ejecutar las decisiones. Ninguna de estas reglas fue incluida en la LOGJYCC dejando a la libre interpretación de los jueces y juezas cuando los recursos ordinarios son adecuados y efectivos.

La Corte Interamericana en aras de que la regla de subsidiariedad del Sistema no se convierta en una carga demasiado grande para las víctimas de violaciones de derechos humanos, invirtió la carga de la prueba en cuando a la existencia de recursos adecuados y efectivos que no se han agotado antes de acudir al Sistema Interamericano. De esta manera, si un estado afirma que dichos recursos existen tenía que demostrar no sólo su existencia sino su efectividad. Además, los estados deben afirmar que no se agotaron los recursos internos, la CorteIDH ni la CIDH pueden hacerlo de oficio. Si un estado solo enuncia, por ejemplo, que una víctima debía acudir a la vía contencioso administrativa debería hacerlo expresamente y probar que es una vía que funciona presentando otros casos similares en los que se han tutelado los derechos dentro de un plazo razonable²¹⁹. Estas reglas procesales tampoco fueron incluidas en la LOGJYCC.

Si los estándares interamericanos sobre recursos adecuados y efectivos se aplicasen a la acción de protección significaría que las personas podrían presentar una demanda sin preocuparse en primera instancia por la regla del artículo 40 núm. 3 de la

218 Corte I.D.H., Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No 9, párr. 24.

219 El plazo razonable mide el tiempo a través de los estándares de: a) Complejidad del asunto, b) Actividad procesal del interesado, c) Conducta de las autoridades judiciales, y d) Afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. (Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, Párrafo 156)

ley, ya que debería ser el demandado quien expresamente señale que el actor debía usar otro mecanismo de defensa legal, decir cuál es dicho mecanismo y probar su efectividad en el proceso. Por ejemplo, si un pueblo indígena presenta una acción de protección por la aprobación de un estudio de impacto ambiental sin que exista consulta previa, es el Estado el que debería alegar que el estudio se aprobó mediante un acto administrativo que es impugnado por vía contencioso administrativa y, lo más importante, debería probar que dicha vía ha resuelto el pasado dentro de un plazo razonable casos similares y que ha reparado los mismos de forma integral. Con los tiempos que tarda la justicia administrativa en Ecuador, jamás la vía contencioso administrativa podría ser alegada como un “mecanismo de defensa judicial adecuado y efectivo”.

Una disposición similar, aunque más específica, se encuentra en el artículo 42 núm. 5 de la LOGJYCC que declara que la acción de protección no procede cuando “el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”. Sobre esta norma es aplicable todo el análisis que antecede en el presente acápite. Solo cabe añadir que todo acto administrativo es impugnado por vía judicial, por lo que la existencia de esta norma no aporta nada más que en reiterarles a los jueces y juezas que conocen acciones de protección que no las acepten salvo que se demuestre que la vía no es adecuada ni eficaz. De la redacción de esta norma se colige que lo que se debe demostrar es que la vía contenciosa no es adecuada ni eficaz, demostración que queda a cargo del accionante, al contrario del Sistema Interamericano (de estar a cargo del demandado los que se debería demostrar es “que la vía es adecuada y eficaz”, formulación que no contiene la norma).

Finalmente, el artículo 42 núm. 7 de la LOGJYCC establece que no sería procedente la demanda de acción de protección en contra de un acto u omisión que emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral. Esta prohibición parece absoluta, ya que no contiene la fórmula del numeral 4 del mismo artículo y el numeral 3 del artículo 40 sobre la procedencia de la acción de demostrarse que la vía no fuere adecuada ni eficaz.

La práctica demuestra que estas disposiciones han sido la base para que se desechen in limine miles de acciones de protección, dejando así a las víctimas de violaciones de derechos humanos a la merced de un sistema judicial ordinario que no ha sido adecuado para la protección de los derechos constitucionales²²⁰.

220 Los profesores Claudia Storini y Marco Navas presentaron en el 2013 un estudio sobre la

(ii) La acción de protección debe ser propuesta por la violación de derechos humanos

El artículo 42 de la LOGJYCC que contienen reglas de improcedencia por presentación de demandas que no vayan de acuerdo con los fines de la acción de protección: (i) falta de caracterización de violación de derechos constitucionales; (ii) cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos; (iii) cuando se impugne la constitucionalidad o legalidad; (iv) cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho; y, (v) cuando se impugnen providencias judiciales.

(i) El artículo 42.1 de la LOGJYCC establece que la falta de caracterización de violación de derechos fundamentales sería una causa de improcedencia de la acción. Esta causal debe ser interpretada de forma restringida a la valoración de los hechos presentados, no de la calidad de los argumentos de la parte demandante. Como establece el artículo 86 de la CRE no se requiere alegar la violación de una norma específica para presentar una acción jurisdiccional constitucional por lo que el juez o jueza deberá evaluar los hechos a la luz de su conocimiento de la Constitución y continuar con el procedimiento ante la posibilidad de que exista un derecho violado.

(ii) El numeral 42 núm. 2 de la LOGJYCC es algo confuso ya que establece que es improcedente una acción de protección en contra de actos revocados o extin-

acción de protección en el que analizan como operó en la práctica esta garantía. El universo de se seleccionó de las provincias de Azuay y Guayas, desde la entrada en vigencia de la Constitución de 2008 hasta julio de 2011. De un total de 5.139 resoluciones de acción de protección el universo final de estudio fue 3.641 resoluciones de primera y segunda instancia. Las resoluciones de primera instancia correspondió finalmente a un estudio de 2072 resoluciones legibles. De esta última cifra, los profesores concluyen que:

“Hay que destacar que, si se suman los dos últimos datos que representan inadmisiones, contrastados con el total de acciones que son formuladas contra el Estado, estos representan el 55,6 % y el 51,4 % del total general de 2.072 procesos (...) Los resultados de las acciones contra el sector privado muestran una realidad casi similar. Se suman 157 acciones presentadas contra sujetos del sector privado, que representan, recordemos, casi el 7,6 % del total de 2.072. Desglosado este grupo de casos en porcentajes... el 43,5 % (asciende a 3,32 % de 2.072) representan aquellas acciones que fueron inadmitidas en sentencia y el 15,3 % (1,15 % del total) son igualmente inadmisiones aunque declarados mediante autos definitivos.

(NASH y STORINI, “La acción de protección en el Ecuador. Realidad jurídica y social”, Corte Constitucional del Ecuador y Centro de estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Ecuador 2013, pág. 122-126)

gidos, “salvo que de dichos actos se deriven daños susceptibles de reparación”. Las medidas cautelares constitucionales buscan detener la violación de un derecho que está por consumarse o que se encuentra en proceso. La acción de protección supone que ya existe la violación de derechos constitucionales. Si un acto ya ha causado una violación de derechos fundamentales, es irrelevante que este haya sido revocado o extinguido ya que la obligación de reparar nace de la violación del derecho. La extinción o revocatoria de un acto solo tendría efecto en el caso de las medidas cautelares.

(iii) El numeral 42 núm. 3 de la LOGJYCC establece la improcedencia de la acción de protección si en la demanda se alega solamente la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto sin que exista la violación de un derecho constitucional. Esta disposición no debe ser confundida con la prohibición de alegar la inconstitucionalidad de la norma que fundamenta el acto u omisión que viola derechos humanos. Si el acto u omisión están basado en una norma jurídica expresa, el juez podría encontrar que la aplicación que dicha norma produce un resultado inconstitucional en el caso concreto o que en cualquier caso la norma es contraria a la Constitución. En el primer caso el juez o jueza, en aplicación del artículo 426 de la Constitución podrá aplicar directamente la Constitución y, por tanto, declara la violación de derecho. En el segundo caso, el artículo 428 ordena al juez o jueza que conozca el caso su remisión a la Corte Constitucional para que declare o no su inconstitucionalidad con efecto erga omnes.

(iv) En el artículo 42 núm. 5 de la LOGJYCC se consagra la improcedencia de la acción de protección cuando se demanda la declaración de un derecho. En los procesos de conocimiento de naturaleza civil, las partes litigan la existencia o no de derechos y obligaciones entre las partes que nacen de los contratos, cuasicontratos, delitos o cuasidelitos. En estos procesos se trata de demostrar la existencia de un derecho subjetivo que faculte a una de las partes a exigir cierto comportamiento de la otra. En los procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales la situación es diferente ya que todas las personas son titulares de los derechos constitucionales, lo que se trata de determinar es si el estado o el particular han incumplido con alguna de las obligaciones que emanan esos derechos y si este incumplimiento ha generado un daño. La prohibición contenida en el artículo analizado se refiere, entonces, a las demandas que se presenten para determinar la existencia de derechos generados por negocios jurídicos o similares, que no tengan que ver con derechos fundamentales.

(v) Dado que existe una vía específica para demandar la violación de derechos

constitucionales en decisiones judiciales (acción extraordinaria de protección), el artículo 42 núm. 6 de la LOGJYCC prohíbe que el acto u omisión impugnados provengan de una providencia judicial. Esto no significa que la actividad de jueces y juezas escape del control constitucional y de la protección de los derechos humanos, como veremos más adelante.

Acción de protección (características específicas)

- Objeto: amparo directo y eficaz a todos los derechos, que no se protejan por otras garantías jurisdiccionales.
- Legitimado Activo: (i) persona; (ii) grupo; (iii) pueblo; (iv) colectivo; (v) nacionalidad; y, (vi) comunidad. La LOGJYCC establece que debe ser víctima directa o indirecta.
- Legitimado Pasivo: El Estado (acciones, omisiones, de autoridad no judicial y en contra de políticas públicas) o particulares (causan grave daño, actúan a nombre del estado, presten servicios públicos impropios, se encuentran en posición de poder, provocan indefensión o discriminen)
- Requisitos de admisibilidad según la LOGJYCC: residualidad y/o subsidiaridad de la acción de protección, debe ser propuesta por violación de derechos, que no se trate de actos u omisiones extinguidas o revocadas, que no se trate de impugnación de constitucionalidad ni legalidad, que no se trate de la declaración de un derecho y que no sea un acto u omisión del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

En todo lo abordado en este capítulo, la acción de protección se basa en las normas generales comunes a las garantías jurisdiccionales analizadas en el capítulo 2 del presente manual.

Capítulo IV. El habeas corpus

La garantía del habeas corpus es la más antigua de la historia del derecho occidental. El origen del habeas corpus como medio para impugnar la detención de una persona aparece formalmente en Inglaterra con el Habeas Corpus Act de 1628²²¹, aunque se defiende también sus orígenes en el derecho romano o en ciertos antecedentes en la propia Inglaterra²²².

En Ecuador existe un antecedente en la Constitución de 1830, cuyo artículo 59 consagraba que ninguna persona podía ser privada de su libertad sino por autoridad competente, y si “el juez que faltare a esta disposición y el alcalde que no la reclamare, serán castigados como reos de detención arbitraria”. De esta norma se desprende la facultad que tendría el alcalde de reclamar por la arbitrariedad de una detención, facultad que sería encargada y retirada a los alcaldes con las reformas constitucionales, siendo la última vez que se les confió esta tarea en la Constitución de 1998. La primera vez que el habeas corpus aparece con dicha denominación fue en la Constitución de 1929, cuyo artículo 151 núm. 8 consagraba el derecho de habeas corpus como el derecho de toda persona a acudir ante un juez competente y pedirle que revise la legalidad de su detención.

La importancia de esta garantía ha sido destacada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual decidió que aún en estado de emergencia en donde se suspenden algunos derechos fundamentales, el habeas corpus no puede ser suspendido²²³.

221 FARRELL, Brian, “Habeas Corpus and the Drafting of the Universal Declaration of Human Rights” en *Journal of the History of International Law*, volume 11, 2009, 81-101, Martinus Nijhoff Publishers, Heidelberg, p. 82.

222 Para una discusión sobre los orígenes del habeas corpus se puede consultar de Glass, Albert, “Historical aspects of habeas corpus”, en *St. John’s Law Review*, volumen 9, 1934-1935, 55-70, Brooklyn.

223 Corte I.D.H., El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, parr. 42

4.1. Objeto

La Constitución de 2008 establece que el habeas corpus tiene por objeto “recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima”²²⁴. Estas tres categorías tienen connotaciones jurídicas particulares que vale la pena analizar. Pero antes de pasar a definir las se desarrollará la idea tradicional del habeas corpus como exhibición del cuerpo del detenido.

Un primer objetivo del habeas corpus es la **exhibición del cuerpo**. Podría presentar un habeas corpus a favor de una persona legal, arbitraria y legítimamente detenida cuando se desconozca su paradero, se encuentre incomunicada o cuando se tema por su integridad física²²⁵. En estos casos el juez deberá constatar, además de las formalidades de la detención, el estado de la persona y establecer su ubicación. El propio artículo 89 de la Constitución²²⁶ establece que en caso de verificarse tortura, trato inhumano, cruel o degradante, incluso si la detención es legal, se deberá disponer la libertad de la persona así como la atención integral que requiera. De ser el caso, se dictarán además alternativas a la privación de la libertad.

La presentación del cuerpo toma una renovada importancia en contextos como el Latinoamericano en donde la tortura y la desaparición forzada de personas han sido estrategias recurrentes de los gobiernos para eliminar a la oposición política. Esta conclusión se fundamenta en la experiencia sufrida por varias poblaciones de nuestro hemisferio en décadas recientes, particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos. Esa realidad ha demostrado una y otra vez que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el hábeas corpus es parcial o totalmente suspendido²²⁷.

224 Artículo 89 de la CRE.

225 La Corte Interamericana destaca la importancia de la exhibición del cuerpo del detenido: El hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Corte I.D.H., El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párr. 35.

226 Art. 89 inc. 4 de la CRE

227 Corte I.D.H., El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Con-

La **detención ilegal** se refiere a las formalidades que deben darse para que opere una detención. En primer lugar las causales y las condiciones de la detención deben estar previamente fijadas en la ley²²⁸. En Ecuador cualquier detención debe realizarse con orden judicial a menos que exista un delito flagrante y aún en este caso, la persona detenida debe ser llevada de inmediato ante un juez que revise su condición. En un caso llevado ante la Corte IDH el Ecuador fue condenado, entre otras violaciones, por incurrir en este tipo de práctica:

En el presente caso no fue demostrado que el señor Suárez Rosero haya sido aprehendido en delito flagrante. En consecuencia, su detención debió haberse producido en virtud de una orden emitida por una autoridad judicial competente. Sin embargo, la primera actuación judicial respecto de la privación de libertad del señor Suárez Rosero fue de fecha 12 de agosto de 1992 [...], es decir, más de un mes después de su detención, en contravención de los procedimientos establecidos de antemano por la Constitución Política y el Código de Procedimiento Penal del Ecuador²²⁹.

En Ecuador cualquier detención debe realizarse con orden judicial a menos que exista un delito flagrante, y en este caso, debe ser llevado inmediatamente ante un juez

Una **detención arbitraria** opera cuando la detención se da por causa o métodos, que aun siendo legales, serían incompatibles con los derechos humanos al ser irrazonables, imprevisibles o desproporcionados²³⁰. En algunos casos la Corte Interamericana ha declarado que son detenciones arbitrarias: las que carecen de debida fundamentación²³¹, las que se dictan en virtud de una prisión preventiva que no

vención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párr. 36.

228 Corte I.D.H., Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Párr.47

229 Corte I.D.H., Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Párr. 44

230 Cfr. Corte I.D.H., Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Párr.47

231 Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 216.

cumplen con el principio de necesidad²³², cuando no existe motivación alguna²³³, cuando la motivación no es jurídica (por ejemplo la persecución a defensores de derechos humanos)²³⁴, cuando la detención se basa en la mera sospecha de la pertenencia de una persona a un grupo previamente establecido como delinencial (véase el caso de los 10 de Luluncoto)²³⁵, cuando las detenciones se dan por causas discriminatorias como perfiles raciales, origen nacional, etc.²³⁶, y, cuando la prisión preventiva excede el plazo razonable o es usada como regla y no de forma excepcional²³⁷.

Finalmente, la Constitución de 2008 contiene la categoría **detención ilegítima**, categoría que no se encuentra en la jurisprudencia internacional pero que hace relación (por descarte) a aquellas detenciones que siendo legales y no arbitrarias, violan el ordenamiento jurídico (en especial la Constitución) analizada en conjunto. Tal es el caso de los procesos judiciales que se siguen por el ejercicio legítimo del derecho a la resistencia consagrado en la Constitución, en su artículo 98. Fuera de los tipos penales que estarían justificados por tratarse colisiones de derechos (como el homicidio y las lesiones), existen tipos penales en el COIP como el sabotaje (artículo 345²³⁸), rebelión

232 Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 90

233 Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr.98

234 Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Párr. 59

235 Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 106.

236 Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 368.

237 Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 115. Caso Norin Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 312.

238 Art. 345.- Sabotaje.- La persona que con el fin de trastornar el entorno económico del país o el orden público, destruya instalaciones industriales o fabriles, centros comerciales, puertos, canales, embalses, minas, polvorines, vehículos o cualquier otro medio de transporte, bienes esenciales para la prestación de servicios públicos o privados, depósitos de mercancías, de explosivos, de lubricantes, combustibles, materias primas destinadas a producción o al consumo nacional, vías u obras destinadas a la comunicación o interrumpa u obstaculice la labor de los equipos de emergencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. La pena será privativa de libertad de siete a diez años si se destruye infraestructura de los sectores estratégicos.

(artículo 336²³⁹) o la paralización de servicios públicos (artículo 346²⁴⁰) que pueden y han sido utilizados para criminalizar a quienes participan en protestas sociales. Podría ser además ilegítimo los casos en que otros tipos penales constituyen limitaciones arbitrarias a los derechos fundamentales como las injurias a funcionarios públicos u otros como el aborto que además de violar los derechos reproductivos y a decidir sobre el propio cuerpo, pone en situación de riesgo a las personas que deben acudir a clínicas clandestinas debido a la prohibición.

Tipos de detención que son objeto de un habeas corpus

Detención ilegal.- Detención que realizada sin el cumplimiento de formalidades establecidas en la ley.

Detención arbitraria.- Detención que aun siendo legal es incompatible con los derechos humanos. Estas pueden ser:

- i) Las que carecen de debida fundamentación.
- ii) Una prisión preventiva que no necesaria, excepcional y/o excede el plazo razonable.
- iii) No tienen motivación alguna.
- iv) La motivación no es jurídica.
- v) Se basa en meras sospechas de la a un grupo considerado “delincuencial”
- vi) Detenciones se dan por causas discriminatorias

Detención ilegítima.- Detenciones que siendo legales y no arbitrarias, violan el ordenamiento jurídico en su conjunto.

239 Art. 336 inc. 1.- Rebelión.- La persona que se alce o realice acciones violentas que tengan por objeto el desconocimiento de la Constitución de la República o el derrocamiento del gobierno legítimamente constituido, sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

240 Art. 346.- Paralización de un servicio público.- La persona que impida, entorpezca o paralice la normal prestación de un servicio público o se resista violentamente al restablecimiento del mismo; o, se tome por fuerza un edificio o instalación pública, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

4.2. Derechos tutelados

Los derechos tutelados por la garantía de habeas corpus son la libertad personal, ya que en última instancia se define si la persona permanece o no detenida, pero además busca protegerla vida y la integridad personal dado que de la experiencia hemisférica se desprende que en los períodos de incomunicación o de incertidumbre del paradero de la persona es cuando la tortura, la ejecución extrajudicial o la desaparición forzada de personas tiene una mayor posibilidad de ocurrir.

4.3. Legitimación activa

El artículo 9 de la LOGJYCC, que limita la disposición constitucional de que cualquier persona o grupo de personas pueda presentar una garantía jurisdiccional y que solamente la puedan presentar las personas afectadas, establece que en materia de habeas corpus se estará a las reglas específicas que sobre esta acción determine la ley. Sin embargo, los artículos que regulan esta garantía (43 a 46 de la LOGJYCC) no establecen específicamente cual es la legitimación activa, por lo que, al no ser aplicable el artículo 9 se debería interpretar que esta garantía es la única que conserva la amplia legitimación de la Constitución, es decir que cualquier persona o grupo de personas puede presentar un habeas corpus a favor de cualquier persona detenida, sin que para esto se exija su autorización.

Esta amplia legitimación activa es coherente con el desarrollo histórico de esta institución, pero además tiene una explicación lógica, ya que una persona incomunicada o desaparecida no puede extender una representación o presentar por sus propios derechos un recurso de habeas corpus. Colocar un requisito como este desnaturalizaría por completo la acción.

4.4. Procedimiento específico y autoridad competente

Todo juez o jueza de instancia de la jurisdicción donde se encuentra detenida la persona (de conocerse el paradero) o del domicilio del demandante (si se desconoce el paradero de la persona) es competente para conocer las acciones de habeas corpus²⁴¹. En caso de que la detención haya sido ordenada por una autoridad judicial,

241 Artículo 89 de la CRE y 44 núm. 1 de la LOGJYCC.

el habeas corpus deberá presentarse ante la Corte Provincial que corresponda²⁴².

Según el artículo 90 de la Constitución, de no existir certeza sobre el paradero de la persona se citará al Representante de la Policía Nacional y al Ministro competente.

Una vez presentada la acción el juez convocará a audiencia dentro de las 24 horas siguientes. En la audiencia deberá comparecer el custodio del detenido con toda la documentación que demuestre la legalidad de la detención. Una vez concluida la audiencia, el juez deberá resolver dentro de las 24 horas posteriores a la audiencia, según la Constitución²⁴³, y en la audiencia según la ley, teniendo 24 horas para notificar por escrito a las partes²⁴⁴. En caso de existir riesgo para la persona o que el juez constatare indicios de tortura u otros tratos crueles inhumanos y degradantes, el juez deberá tomar medidas de protección inmediatas.

Si la privación de la libertad fue dictada por la Corte Provincial, el habeas corpus se deberá interponer ante la presidencia de la Corte Nacional y si hubiese sido dictada por la Corte Nacional se presentará ante otra de sus salas.

Finalmente, la apelación de la decisión de primera instancia corresponde como regla general a la Corte Provincial de la jurisdicción que corresponda, salvo en el caso de la acción se haya presentado directamente a la Corte Provincial en cuyo caso la apelación la conocerá la Corte Nacional de Justicia²⁴⁵.

4.5. Presunciones de derecho

La Constitución y la ley²⁴⁶ contemplan casos en los cuales la concesión del habeas corpus debe ser automática:

- a) En caso de verificarse cualquier tipo de tortura se ordenará la libertad y se impondrán medidas alternativas de ser el caso.

242 Artículo 89 de la CRE y 44 núm. 1 de la LOGJYCC.

243 Artículo 89 de la CRE

244 Artículo 44 núm. 3 de la LOGJYCC

245 Resolución de la Corte Nacional de Justicia s/n, del 23 de marzo de 2009, Registro Oficial No. 565 del 7 de abril de 2009.

246 Art. 45 núm. 2 de la LOGJYCC

- b) Cuando la persona no fue presentada a la audiencia.
- c) Cuando no se exhiba la boleta de privación de la libertad.
- d) Cuando dicha boleta carece de los requisitos legales.
- e) En caso de vicios del procedimiento de la privación de la libertad.
- f) Cuando la privación de la libertad haya operado por parte de particulares.
Como en los casos de clínica de adicciones o de “desomosexualización”.

Habeas corpus (Exhibición del cuerpo)

Objeto: Se interpondrá habeas corpus cuando una persona:

- i) Esté legal, arbitraria y legítimamente detenida
- ii) Se desconozca su paradero
- iii) Se encuentre incomunicada
- iv) Se tema por su integridad física

Derechos tutelados: Libertad personal, la vida y la integridad personal

Legitimación activa: cualquier persona o grupo de personas, no sólo la afectada.

Sobre el procedimiento:

Juez competente: de primera instancia del lugar donde la persona se encuentra detenida o del domicilio del demandante.

Audiencia: se realiza 24 horas después de presentada la acción.

Procede apelación de la decisión del Juez

Existen Presunciones o casos en los que el habeas corpus debe operar automáticamente (Art. 45 núm. 2 de la LOGJYCC)

En todo lo no abordado en este capítulo, la acción de habeas corpus se basa en las normas generales comunes a las garantías jurisdiccionales analizadas en el capítulo 2 del presente manual.

Capítulo V. El habeas data

La garantía del habeas data²⁴⁷ aparece por primera vez en el constitucionalismo ecuatoriano en 1996²⁴⁸. Si bien hasta 1998 se introducen algunas modificaciones, a través de la anterior ley de Control Constitucional y la Constitución de 1998, es la actual Carta Magna la que acoge importantes innovaciones y establece una clara diferencia entre las características del habeas data de finales de la década de los 90 y la actual garantía. Entre aquellas diferencias se encuentran la especificación de que el soporte en el que se pueda hallar la información puede ser tanto físico como electrónico, la protección de datos genéticos, la protección con medidas de seguridad de los datos sensibles, entre otros²⁴⁹. Hasta la fecha de presentación de este trabajo, la Corte Constitucional ecuatoriana ha emitido algunas reglas jurisprudenciales con efecto *erga omnes* sobre el habeas data. En este capítulo se analizará que tan afortunados o no fueron los aportes del máximo tribunal de justicia constitucional para el desarrollo y efectividad de esta garantía.

A pesar de que el *habeas data* y acceso a la información pública son dos garantías distintas, en última instancia comparten una finalidad común: garantizar el derecho a la información. En el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la información, en términos amplios, se desprende del reconocimiento del derecho a la libertad de expresión contemplado en el Art. 19 del PIDCP²⁵⁰ y en

247 La expresión habeas data se compone “la fusión de una palabra latina “habeas” que proviene del latín habere que significa “téngase en posesión” junto con la palabra inglesa “data” que proviene de datum que significa dato, información.” (Salmon Carlos, *Régimen Procesal del Habeas data en el Ecuador*, disponible en <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/24-regimen-procesal-del-habeas.pdf>, pág. 3)

248 En el Art. 30 de la Constitución Política de 1996.

249 Art. 92 de la CRE

250 Art. 19 núm. 2 del PIDCP.- Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. (Negrita fuera de texto)

el art. 13 de la CADH²⁵¹, pues comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, incluida precisamente la información personal o sobre sí mismo.

La Corte IDH ha resaltado en varias ocasiones que el derecho a la información, en amplio sentido- como derecho a recibir información de toda índole- es fundamental para la democracia, el control ciudadano, combatir la corrupción y la discriminación y para garantizar otros derechos²⁵². Si bien esta función es más evidente en el acceso a la información pública, también se aplica para la información personal y el habeas data. Por un lado, existe gran cantidad de registros públicos en los que consta información personal, que no sólo sirven para custodiar información, sino que de dichos registro depende una adecuada prestación e incluso la planificación de servicios públicos, piénsese, por ejemplo, en los servicios de salud o los servicios tributarios. Por otro lado, al igual que en el acceso a la información que protege el derecho a la participación, a través del habeas data también se protege otros derechos, como la honra, la reputación, la privacidad, etc.

No obstante, de forma evidente, la principal diferencia entre acceso a la información pública y habeas data es la naturaleza la información. Mientras que en la primera predomina el principio de publicidad, en la segunda la regla es la confidencialidad, por ser información de carácter personal. En todo caso, ambas garantías completan el círculo de protección de este derecho humano.

Por último, resta señalar que al igual que el Estado tiene obligaciones con respecto al derecho a acceder a información pública como, por ejemplo, no impedir el acceso a la información pública, adoptar políticas de transparencia y publicidad y legislar un recurso efectivo, como el acceso a la información pública, lo mismo sucede con respecto a la información personal, el Estado tiene obligaciones de respeto, satisfacción y garantía. Así, el Estado tiene con respecto a la información personal las obligaciones de: a) no impedir o imponer la creación o modificación de información que una persona determine para sí misma; en esta obligación de respeto,

251 Artículo 13 núm. 1 de la CADH.- 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. (Negrita fuera de texto)

252 CIDH, *Informe sobre la Acción de Habeas Data y el Derecho de Acceso a la Información en el Hemisferio*, 2001, capítulo III, párr. 14 y 15; CIDH, *Informe sobre El Derecho de acceso a la información en el Marco Jurídico Interamericano*, 2009, párr. 5

el Estado se limita a custodiar o proteger la información personal de injerencias arbitrarias, garantizando lo que en la doctrina se ha denominado “el derecho a la autodeterminación informativa”; b) adoptar medidas para garantizar a los titulares la posibilidad de acceder a sus propios datos sin trabas excesivas u onerosas, así como garantizar que la información personal depositada en registros públicos cuenta con medidas de seguridad adecuadas para evitar que terceros la conozcan, usen o modifiquen sin autorización de su titular; y, c) finalmente, el Estado debe brindar los recursos administrativos y judiciales, como la garantía del habeas data, para proteger a este derecho.

La **principal diferencia** entre acceso a la información pública y habeas data es la naturaleza de la información. Mientras que la primera predomina el principio de publicidad, en la segunda la regla es la confidencialidad, por ser información de carácter personal.

Ambas garantías completan el círculo de protección de este derecho humano a recibir información de toda índole.

5.1. Derechos que Tutela

Tal como se mencionó en la primera parte de este capítulo, a través del habeas data se tutela una esfera importante del derecho a la información, en concreto, **el derecho de las personas a acceder a la información sobre sí mismos o sus bienes**, que en el ámbito internacional se reconoció expresamente en la Declaración de Principios sobre libertad de expresión de la Organización de Estados Americanos:

*Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla*²⁵³.

El Art. 92 de la Constitución recoge lo anterior en una fórmula similar²⁵⁴. Es decir,

253 Principio 3 de la Declaración de Principios Sobre Libertad de Expresión

254 Art. 92 inc. 1 de la CRE.- 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 do-

que el habeas data tutela el derecho a la información de las personas sobre sí mismo o sus bienes que estén en poder de entidades públicas o privadas, considerado como un derecho autónomo; derecho que incluye el acceder, conocer su uso, actualizar, rectificar o enmendar dicha información. Además, este derecho se refuerza con el derecho a la **protección de los datos de carácter personal** expresamente establecido en el Art. 66 núm. 19 de la norma constitucional ecuatoriana, que reitera en gran medida lo señalado por el articulado de habeas data²⁵⁵.

La Corte Constitucional de Ecuador ha establecido que de la protección a los datos de carácter personal se desprende el elemento fundamental conocido en la doctrina como la **autodeterminación informativa**, que “implica la necesidad de garantizar la protección de la esfera íntima de las personas, así como la posibilidad de ejercer control sobre los datos personales del sujeto”²⁵⁶.

Por otro lado, debido a la función instrumental del derecho de las personas a acceder a la información²⁵⁷ y por el principio de interdependencia de los derechos, el habeas data tutela a **otros derechos humanos** como a la honra, la buena reputación, la buena imagen, la identidad y la intimidad familiar y personal²⁵⁸, reconocidos tanto en nuestra constitución²⁵⁹ como en los principales tratados internacionales de derechos humanos²⁶⁰ de los que Ecuador forma parte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado la estrecha relación

cumentados, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.

255 Art. 66 núm. 19 de la CRE.- 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

256 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia de jurisprudencia vinculante No. 001-14-PJO-CC, publicada en el Registro Oficial No. 007 del jueves 3 de julio de 2014, pág. 7, párr. 30.

257 Ídem, párr. 29

258 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 182-15-SEP-CC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 596 del lunes 28 de septiembre de 2015, pág. 8.

259 Art. 66 núm. 18, núm. 20 y 28 de la CRE.

260 Art. 11 y 13 núm. 2 lit. a) de la CADH y Art. 17 del PIDCP.

que tiene el **derecho a la intimidad** con la protección de la información personal, señalando que “...Esta acción conocida como *habeas data* se instituyó como una modalidad del proceso de amparo para proteger la intimidad de las personas...”²⁶¹ El derecho a la intimidad se ve amenazado o es vulnerado cuando existen injerencias abusivas y arbitrarias, en este caso en el acceso y uso de información personal, por parte de terceros sin el consentimiento de su titular.

Derechos que tutela el habeas data

- Derecho a acceder a la Información de las personas, sobre sí mismo o sus bienes.
- Derecho a la protección de datos carácter personal, en especial la autodeterminación informativa.
- Otros derechos humanos, en particular la intimidad individual y familiar.

5.2 Objeto y alcance

A pesar de que la Constitución no establece de forma expresa el objeto del habeas data, el art. 49 de la LOGJYCC, siguiendo a la norma constitucional, aclara que el habeas data tiene por objeto garantizar judicialmente a toda persona:

- i) **el acceso** a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre la persona o sobre sus bienes;
- ii) **conocer el uso** que se haga de la anterior información, **su finalidad, el origen y destino** de la información personal, y el **tiempo de vigencia** del archivo o banco de datos;
- iii) solicitar la **actualización de los datos**, su **rectificación, eliminación o anulación**.

A estos tres grupos se debe incluir dos más que fueron incorporados por la propia

261 CIDH, Informe sobre la Acción de Habeas Data y el Derecho de Acceso a la Información en el Hemisferio, 2001, capítulo III, párr.26.

Constitución²⁶² y por la LOGJYCC²⁶³:

- iv) exigir la adopción de **medidas de protección** en caso de datos sensibles, y,
- v) solicitar **rectificación** a la que están obligados los medios de comunicación.

La aclaración que realiza la LOGJYCC sobre “garantizar judicialmente” el (los) objeto (s) del habeas data, deja claro que esta garantía no se limita ni excluye la obligación que tiene todo funcionario público de responder de forma motivada las solicitudes realizadas por los ciudadanos, derivada del derecho de petición reconocido en el art. 66 núm. 23 de la Constitución²⁶⁴. Por el contrario, como más adelante se analiza, la negativa, falta de respuesta o respuesta incompleta por parte de cualquier autoridad constituye en un requisito prejudicial del habeas data.

La Corte Constitucional del Ecuador, en orden al objeto específico que este dirigido el habeas data, ha clasificado de la siguiente forma las distintas posibilidades de esta garantía:

- a) *Habeas data informativo (derecho de acceso). Es la dimensión procesal que asume el habeas data para recabar información acerca del qué, quien, como y para que se obtuvo la información considerada persona.*
- b) *Habeas data aditivo (derecho de modificación). Busca agregar más datos sobre aquellos que figuran en el registro respectivo, buscando actualizarlo o modificarlo según sea el caso.*
- c) *Habeas data correctivo (derecho de corrección). Resuelve rectificar la información falsa, inexacta o imprecisa de un banco de datos.*
- d) *Habeas data de reserva (derecho de confidencialidad). Persigue asegurar que la información recabada sea entregada única y exclusivamente a quien tenga autorización para ello.*

262 Art. 92 inc. final de la Constitución.

263 Art. 49 inc. 4 de la LOGJYCC

264 Art. 66 núm. 23 de la CRE.- El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.

e) *Habeas data cancelario (derecho a la exclusión de información sensible). Busca que la información sensible sea eliminada, por no es susceptible de compilación*²⁶⁵.

Finalmente, queda resaltar que cualquiera que fuese el objeto del habeas data a interponerse, este alcanza a la información que está en poder tanto en entidades públicas, de personas particulares o personas jurídicas²⁶⁶. De igual forma, se dirige a información sobre las personas o sus bienes que consten en soporte material como electrónico

5.3. Sobre la información que se puede solicitar

La Constitución y la LOGJCC señala que la información que se puede solicitar a través de un habeas data son los “(...) documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes (...)”²⁶⁷. A todo este conjunto de fuentes la Corte Constitucional las ha denominado **información personal**²⁶⁸, entendida como “los datos inherentes de una persona” o “información íntima de una persona...sobre sí misma, o sus bienes...”²⁶⁹.

Esta información puede **estar en poder tanto del ámbito público y privado**. En el primer caso, la LOTAIP la denomina “información pública personal”²⁷⁰ y la LSNRDP se refiere a esta información como “datos públicos sobre la persona”²⁷¹. El Art. 6 de este último cuerpo normativo señala que los datos de carácter persona son aquello como la ideología, afiliación política, salud, etc. que pertenecen a la esfera íntima de las personas y aquella información cuyo uso público atente los derechos del titular. De igual forma, el Art. 13 del último cuerpo normativo señala que los registros de estos datos públicos son el registro Civil, de la Propiedad, Mercantil,

265 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 182-15-SEP-CC publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de fecha lunes 28 de septiembre de 2015, pág. 9.

266 Art. 92 inc. 1 de la CRE y Art. 49 inc. 1 de la LOGJCC

267 Ídem

268 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia de jurisprudencia vinculante No. 001-14-PJO-CC, publicada en el Registro Oficial No. 007 del jueves 3 de julio de 2014, pág. 7, párr. 29

269 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 182-15-SEP-CC publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de fecha lunes 28 de septiembre de 2015, pág.7-8

270 Art. 6 de la LOTAIP

271 Art. 2 de la LSNRDP

Societario, Vehicular, de naves y aeronaves, patentes, de propiedad intelectual, etc. Con respecto a este tipo de información, tanto la LOTAIP como la LSNRDP señalan que son datos que tienen información de carácter **confidencial**²⁷², es decir que se requiere la autorización del titular o de autoridad competente para su acceso. Sin embargo, en cierta forma se flexibiliza este principio con respecto a los registros y bases públicos de datos de personas y bienes en los siguientes casos que señala el art. 5 de la LSNRDP señala que:

El Estado, de conformidad con la Ley, pondrá en conocimiento de las ciudadanas o ciudadanos, la existencia de registros o bases de datos de personas y bienes y en lo aplicable, la celebración de actos sobre los mismos, con la finalidad de que las interesadas o interesados y terceras o terceros conozcan de dicha existencia y los impugnen en caso de afectar a sus derechos.

En cuanto a la información personal que puede estar en poder de los particulares, a la luz del art. 66 núm. 19 de la CRE, es información confidencial y para su accesibilidad y difusión depende de la autorización del titular.

Por otra parte, la Corte Constitucional diferencia los términos que emplea la norma constitucional para referirse a la información personal. Así, la Corte deja claro que la expresión **“dato”, “información” y “documento” no son sinónimos**. La Corte siguiendo al profesor Gonzáini señala que los datos son la representación de los hechos mientras que la información es el significado de los datos²⁷³. Por su parte, en cuanto al documento señala que es uno de los medios para impregnar a los datos²⁷⁴.

Por lo anterior, la Corte llega a la conclusión de, por un lado, es irrelevante el medio

272 Art. 6 de la LOTAIP y Art. 6 de la LSNRDP

273 (...) el dato es la representación de hechos, conceptos o instrucciones bajo una forma adaptada a la comunicación, a la interpretación o al tratamiento por seres humanos o máquinas, y por ‘informaciones’ al significado que toman los datos de acuerdo con convenciones vinculadas a éstos²⁹ (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia de jurisprudencia vinculante No. 001-14-PJO-CC, publicada en el Registro Oficial No. 007 del jueves 3 de julio de 2014, pág. 9, párr. 39)

274 (...) el “documento” funge como uno de varios medios en los que es posible impregnar o “imprimir” tal representación por medio de símbolos, a fin de lograr preservación del dato y la información que se puede extraer de él.” (Corte Constitucional del Ecuador, Ídem, pág. 9-10, párr. 40)

por el cual se plasme la información personal²⁷⁵, y, por otro lado, que:

“los datos están protegidos por medio de la garantía constitucional del habeas data, siempre que cumplan con una función informativa respecto de las personas y sus bienes y por ende, su comunicación, interpretación o tratamiento afecta en mayor o menor medida los derechos de aquel a quien se refieren”²⁷⁶.

A pesar de que queda claro que a través del habeas data se puede solicitar datos que cumplan con una función informativa de su titular, no cualquier dato irrelevante, es cuestionable la condición que impone la Corte de que la información personal, su comunicación, interpretación o tratamiento deba necesariamente afectar en mayor medida sus derechos. Este desafortunado precedente se reitera en una reciente sentencia de septiembre del presente año:

No obstante, es importante puntualiza que esta garantía jurisdiccional, únicamente cobija o alcanza a aquellos datos que cumplen con una función informativa respecto de la persona y sus bienes, siempre que su comunicación, interceptación o tratamiento afecte en mayor o menor medida los derechos de que a quien se refieren 12. En virtud de ello, dicha persona tendrá el derecho a conocer el su uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y el destino de su información persona y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos”²⁷⁷

Ni la Constitución ni el Derecho Internacional de los derechos Humanos en el contenido sobre el derecho a acceder a información personal condicionan su reconocimiento y exigibilidad a la existencia de una afectación a un derecho humano del titular. Resulta contradictoria y restrictiva esta decisión de la Corte porque, por un lado, el derecho a recibir información personal es un derecho autónomo con contenido propio y no requiere más que la voluntad la del titular; y, por otro lado, porque precisamente al tener la información un carácter instrumental busca garantizar y prevenir violaciones a los otros derechos. Imponer este requisito es obligar inconstitucionalmente que los titulares demuestren a la autoridad particular, administrativa y judicial una afectación a derechos, impidiendo ejercer este derecho en cualquier momento, como establece la autoderminación informativa tan defendida por la propia Corte.

275 Cfr. Corte Constitucional del Ecuador, *Ibidem*

276 Corte Constitucional del Ecuador, *Ídem*

277 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 182-15-SEP-CC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 596 del lunes 28 de septiembre de 2015, pág. 8.

Cabe hacer dos comentarios adicionales: uno sobre la información sensible y otros sobre los datos genéticos. La Constitución pero no la LOGJYCC hace referencia a los datos sensibles como:

En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias.

Es decir, la trata como si fuese una especie del género información personal. La doctrina y la CorteIDH señalan que se refiere a información de la vida íntima de la persona como la orientación sexual, es decir, la señalada en el art. 6 de la LSNRDP. Para este tipo de información existe una obligación particular de protección por parte de las entidades públicas o privadas que tengan poder de dicha información. Sobre una definición de datos genéticos, como una de la innovación introducida por la actual Constitución, el Reglamento para uso del material genético humano en Ecuador establece lo siguiente:

“información sobre las características hereditarias de una persona, identificada o identificable obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos”²⁷⁸

Finalmente, es importante mencionar que la Corte Constitucional ecuatoriana estableció como regla jurisprudencia que:

6. El hábeas data, como mecanismo de garantía del derecho a la protección de datos personales, no podrá ser incoado como medio para requerir la entrega física del soporte material o electrónico de los documentos en los que se alegue está contenida la información personal del titular sino para conocer su existencia, tener acceso a él y ejercer los actos previstos en el artículo 92 de la Constitución de la República; el juez está obligado a utilizar todos los mecanismos que establece la ley para efectos de garantizar debida y eficazmente los actos constantes en el artículo referido.

En conclusión la información a la que se puede acceder, conocer su uso, finalidad, origen, tiempo de vigencia, actualizar, modificar o eliminar, rectificar y exigir medidas de seguridad por esta garantía es aquella información personal (información propia del titular, sobre su vida íntima y sobre sus bienes). Esta información puede estar bajo el control del ámbito público y privado. En ambos casos se requiere de la autorización del titular, autoridad competente o disposición de la ley para difundirla.

278 Art. 5 del Reglamento para uso del material genético humano en Ecuador

5.4 Restricción al habeas data

El Art. 49 inc. 2 de la LOGJYCC establece como límite del habeas data la pretensión de eliminar datos personas que por disposición de ley deban mantenerse en archivos público. Aquellos datos son los que deben permanecer en los registros contemplados en el Art. 13 de la LSNRDP, tales como el Registro Civil o el Registro de la Propiedad.

La actual normativa realiza un importante avance en este punto debido a que eliminó las restricciones al habeas data que establecía la ley de control constitucional derogada: los casos de sigilo profesional, para obstruir la justicia y toda a aquella que tenga carácter reservado por razones de seguridad nacional²⁷⁹. Por lo tanto, no existiría impedimento de presentar esta garantía aún bajo aquellos supuestos.

5.5. Legitimación Activa

No cabe duda de que el primer legitimado activo del habeas data es la **persona** natural, titular del derecho a acceder a la información sobre sí mismo o sus bienes. No obstante, existen otras consideraciones que permiten comprender que el rango de la legitimación activa es más amplio para esta garantía.

En primer lugar, el art. 92 de la actual Constitución señala simplemente que “toda persona” tiene derecho a solicitar los diferentes aspectos que conforman el objeto del habeas data. Sin embargo, el art. 51 de la LOGJYCC, siguiendo a la anterior ley de control constitucional²⁸⁰, especifica y despeja toda duda en relación a **las personas jurídicas**:

“Toda persona, natural o jurídica, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, podrá interponer una acción de hábeas data.”

Al respecto, la Corte Constitucional ecuatoriana emitió reglas como jurisprudencia vinculante a propósito de un caso en el que la gerente de una compañía solicitaba información (como actas, balances, informes) a los miembros de la anterior directiva a través de un habeas data, que fue negado en primera y segunda instancia. La Corte abordó un debate muy parecido al que existe en el derecho internacional de

279 Art. 36 de la Ley de Control Constitucional (derogada)

280 Art. 43 de la derogada Ley de Control Constitucional.

los derechos humanos sobre la titularidad de las personas jurídicas en relación a derechos que tradicionalmente se han reconocido a los seres humanos. La Corte siguiendo de forma similar el criterio que ha sentado la Corte IDH, estableció que si bien no se debe excluir a priori a las personas jurídicas de dicha posibilidad se debe analizar caso por caso:

1. *La determinación respecto de si una persona jurídica puede beneficiarse de una provisión constitucional que contenga un derecho constitucional debe hacerse caso por caso, en consideración de las posibilidades derivadas de su naturaleza social, así como de los términos en los que está formulado el derecho en la Norma Constitucional.*

Además, que con respecto a la protección de los datos personales, esta alcanza hasta los socios y representantes legales de la persona jurídica, pero con respecto a la información que tienen en su rol dentro persona jurídica y no en la información individual de cada persona:

3. *Por las características del derecho a la protección de datos personales, no se considera constitucionalmente adecuada la limitación a la calidad de las personas jurídicas como titulares del mismo; sin embargo, la información personal de dichos sujetos únicamente se extiende a las personas asociadas o a sus representantes legales, en tanto a la calidad que ostentan respecto de la persona jurídica, con estricto respeto al derecho a la protección de los datos personales y derechos conexos que le son atinentes a su naturaleza.*

En segundo lugar, la actual Constitución tiene una importante variante en relación a la normativa vigente antes del 2008, pues se incorporó la disposición constitucional según la cual: “toda persona por sus propios derechos o como **representante legitimado para el efecto**”²⁸¹ puede interponer un habeas data. La anterior normativa se limita a señalar que toda persona natural o jurídica era legitimado activo para solicitar su propio información²⁸², lo cual dejaba fuera a los otros titulares de derechos, como los sujetos colectivos. No existía otra forma de plantear un habeas data más que ser persona jurídica o natural. En cambio, el art. 92 de la Constitución es coherente con el art. 9 lit. a) de la LOGJYCC²⁸³, ya que la legitimación activa

281 Art. 91 inc. I de la CRE

282 Art. 94 de la Constitución de 1998 y Art. 34 de la derogada Ley de Control Constitucional

283 Art. 9 de la LOGJYCC.- Legitimación activa.- Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas:

a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través

para los pueblos, nacionalidades o colectivos en la práctica puede llevarse a cabo gracias a una persona que esté legitimada para el efecto. Incluso el art. 51 de la LOGJYCC que en apariencia tiene la misma fórmula de la anterior ley de control constitucional Si se lee con cuidado lo que determina **no** es que sólo las personas naturales y jurídicas sean los legitimados exclusivos del habeas data; lo que señala es que cualquiera de los sujetos de derechos, a través de una persona natural o jurídica, si fuesen representantes legitimados pueden plantear esta garantía.

Ley de control constitucional	LOGJYCC
Art. 34.- Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen tener acceso a documentos, bancos de datos e informes que sobre si mismas o sus bienes (...)	Art. 51.- Legitimación activa.- Toda persona, natural o jurídica, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, podrá interponer una acción de hábeas data.

Por ejemplo, una persona podría que ha sido designado representante legitimado de una comunidad indígena para interponer un habeas data, puede solicitar que se modifique o actualice información incorrecta de la comunidad que consta en el registro público del Consejo Nacional para la Igualdad. Esta acotación es afortunada y acorde a la ampliación de titulares de derechos y garantías en el actual sistema constitucional.

Finalmente, la regla general del habeas data de que sólo los titulares del derecho a la información, sea por sus propios derechos o representados, puede interponer esta garantía se rompe. El art. 6 inc 5 de la LSNRDP señala que cualquier solicitante puede acceder a la información sobre el patrimonio de las personas si justifica su requerimiento, declara el uso de dicha información y consigna sus datos personales:

Para acceder a la información sobre el patrimonio de las personas el solicitante deberá justificar y motivar su requerimiento, declarar el uso que hará de la misma y consignar sus datos básicos de identidad, tales como: nombres y apellidos completos, número del documento de identidad o ciudadanía, dirección domiciliaria y los demás datos que mediante el respectivo reglamento se determinen. Un uso distinto al declarado dará lugar a

de representante o apoderado; y,

b) Por el Defensor del Pueblo.

la determinación de responsabilidades, sin perjuicio de las acciones legales que el/ la titular de la información pueda ejercer.

Esta injerencia en los datos personales sobre el patrimonio es, en apariencia, una excepción permitida por el art. 66 núm. 19 de la Constitución(...) *La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.* (Negrita Fuera de texto). No obstante, la Corte Constitucional aún puede analizar la proporcionalidad y fin legítimo de esta injerencia legal, pues como se establece en el Art. 30 CADH²⁸⁴ no basta con que la restricción, en este caso a la protección de datos personales, consten en una ley, deben cumplir además con los otros dos requisitos para ser consideradas restricciones válidas. Por su parte, los jueces que pueden conocer de este tipo de habeas data, de forma previa a conceder el acceso a la información del patrimonio deberá velar por el cumplimiento de los requisitos establecidos por la LSNRDP (motivos del requerimiento, uso que se dará a la información y consignación de datos de solicitante) y evaluar la razonabilidad de la solicitud teniendo en cuenta los derechos del titular. En todo caso, si el solicitante de este último tipo de información da un uso distinto al declarado, la norma citada señala que dará lugar a que determinación de responsabilidad.

En conclusión, la legitimación activa para el habeas data es para: i) todas las personas naturales y jurídicas (hasta sus socios y representantes legales en dicha calidad), por sus propios derechos o a través de un representante legitimado; ii) otros sujetos de derechos como comunidades, pueblos, nacionalidad y colectivos a través de una persona natural o jurídica representante legitimado para el efecto; iii) cualquier persona que desee acceder a información sobre el patrimonio; iv) el Defensor del Pueblo por disposición del art. 9 de la LOGJYCC.

284 Artículo 30 Alcance de las Restricciones de la CADH

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Legitimación activa del habeas data

- i) Todas las personas naturales y jurídicas, por sus propios derechos o por representante.
- ii) Las comunidades, pueblos, nacionalidad y colectivos a través de una persona natural o jurídica que sea representante legitimado para el efecto.
- iii) Cualquier persona que desee acceder a información sobre el patrimonio.
- iv) El Defensor del Pueblo.

5.6. Legitimación Pasiva

El Art. 49 de la LOGJYCC amplía el rango de legitimados pasivos que contempla el art. 92 de la Constitución, ya que mientras en la norma constitucional se señala que el habeas data se dirige a la información que “consten en entidades públicas o privadas”, la ley incluye a las personas naturales privadas:

La acción de hábeas data tiene por objeto garantizar judicialmente a toda persona el acceso a los documentos....estén en poder de entidades públicas o de personas naturales o jurídicas privadas, en soporte material o electrónico.

Esta modificación introducida por la norma legal a la Constitución es perfectamente compatible con la misma, debido a que no restringe los derechos de las personas, por el contrario, amplía la protección de los posibles abusos e injerencias arbitrarias que puedan los particulares ocasionar por el control de información personal que esté en su poder (Art. 11 núm. 5 CRE)²⁸⁵. Esta norma encuentra su importancia

²⁸⁵ Art. 11 núm. 5 de la CRE.- En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la

por los avances tecnológicos desarrollados, ya que el almacenamiento y difusión de información en soporte electrónico especialmente ya no sólo está al alcance de las grandes empresas o compañías, sino de cualquier persona natural.

Legitimación pasiva del habeas data

- i) Entidades publicas
- ii) Entidades o personas jurídicas privadas
- iii) Personas naturales privadas

5.7. Del procedimiento

5.7.1. Del requisito prejudicial

Uno de los aspectos que mayor inquietud generaba el habeas data era si esta garantía, en comparación al acceso a la información pública, debía o no acudir primero a la entidad o persona que tiene en su control la información personal. Es decir, si para que proceda la garantía de habeas data era necesario que la solicitud del titular de la información personal o su representante no obtuviera una respuesta satisfactoria por parte del responsable de la información, constituyéndose este paso previo en un requisito prejudicial.

Lo anterior, debido a que el art. 92 de la Constitución no es clara en este aspecto, ya que, lo único que señala es que “La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación”; pero no establece la obligatoriedad de intentar primero este paso.

La LOGJYCC, que entró en vigencia un año después que la Constitución actual de 2008, aclaró este panorama en el Art. 50 de la LOGJYCC, en el que señala que se podrá interponer la acción de habeas data en tres situaciones:

Art. 50.- Ámbito de protección.- Se podrá interponer la acción de hábeas data en los siguientes casos:

interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

1. *Cuando se niega el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que consten en entidades públicas o estén en poder de personas naturales o jurídicas privadas.*
2. *Cuando se niega la solicitud de actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos que fueren erróneos o afecten sus derechos.*
3. *Cuando se da un uso de la información personal que viole un derecho constitucional, sin autorización expresa, salvo cuando exista orden de jueza o juez competente. En consecuencia, se colige que No obstante, al parecer con respecto al núm. 3*

En otras palabras, el habeas data procede cuando existe negativa a la solicitud que el titular realice al responsable público o privado de la información personal. No obstante, no queda claro que sucede si no existe respuesta, cuál sería el plazo y si este requisito prejudicial es aplicable solo a los dos primeros numerales o a todos los casos del art. 50 de la ley.

La Corte Constitucional ecuatoriana definió como reglas jurisprudenciales de interpretación de los numerales 1 y 2 del Art. 50 de la LOGJYCC lo siguiente:

- i) La Negativa al acceso o solicitud de actualización, rectificación, eliminación o anulación incluye la falta de respuesta a la solicitud del titular de la información personal. Por lo tanto, puede darse **una negativa expresa o una negativa tácita** (falta de respuesta)²⁸⁶.
- ii) La respuesta a la solicitud debe darse dentro de un **plazo razonable**, que se define tomando en cuenta cuatro parámetros:
 - Cantidad de información requerida
 - Tipo de pedido, es decir el objeto del habeas data; y,
 - Conducto de quien tienen en su poder la información

En este punto es importante tomar en cuenta que en el caso de entidades públicos la Ley de Modernización del Estado establece como obligación de los funcionarios públicos el responder a los administrados un plazo máximo de 15 días²⁸⁷. Por lo

286 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 182-15-SEP-CC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 596 del lunes 28 de septiembre de 2015, pág. 13

287 Art. 28 de la Ley de modernización del Estado.

tanto, en el caso de entidades públicas, a la luz del art. 66 núm. 23 de la Constitución que reconoce derecho a recibir respuestas motivadas de dichas entidades, si se requiere un plazo mayor en función de los parámetros establecidos por la Corte se debería comunicar al solicitante la extensión del plazo de respuesta antes de que concluyan los 15 días.

En el caso de personas o entidades particulares es más compleja la situación porque, a diferencia de las entidades públicas, no existe un referente que permita medir con anticipación la razonabilidad del tiempo. No obstante, la calificación se la razonabilidad se realizará al momento de presentar la garantía.

iii) **La calificación de la razonabilidad** en el plazo y la falta de respuesta lo realizara el juez competente en la etapa de calificación de la demanda²⁸⁸.

Sin perjuicio a lo anterior, la Corte no se pronunció sobre el numeral 3 del Art. 50 de la LOGJYCC, sobre el uso de la información sin autorización del titular que sus se viola derechos. En este caso, al parecer no tiene mucho sentido exigir al titular que intente previamente una solicitud por el mal uso de la información cuando los daños ya se han producido y aun cuando el titular logre que el responsable realice “un adecuado uso” no repara el daño generado.

Finalmente, sobre la rectificación a la que están obligaos los medios de comunicación, cabe recordar que el proceso previo de rectificación por un habeas corpus se encuentra ampliamente desarrollada en el art. 23 de la Ley Orgánica de Comunicación²⁸⁹.

288 Ídem

289 Art. 23 Ley Orgánica de Comunicación.- Derecho a la rectificación.- Todas las personas tienen derecho a que los medios de comunicación rectifiquen la información que han difundido sobre ellas, sus familiares o sobre los asuntos a su cargo cuando existan deficiencias en la verificación, contrastación y precisión de la información de relevancia pública de acuerdo a lo establecido en el artículo 22 de esta Ley.

Los medios de comunicación tienen la obligación jurídica de publicar dentro del plazo de 72 horas, contadas a partir de presentado el reclamo de la persona afectada, de forma gratuita, con las mismas características, dimensiones y en el mismo espacio, sección u horario; las rectificaciones a las que haya lugar.

En caso de que el medio de comunicación no viabilice por su propia iniciativa el derecho de rectificación, la Superintendencia de la Información y Comunicación podrá disponer, previa la calificación de la pertinencia del reclamo, las siguientes medidas administrativas:

1. La rectificación y la disculpa pública de la directora o del director del medio de comunicación presentada por escrito a los afectados directos con copia al Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación, la cual se publicará en su página web y en la primera interfaz de la página web del medio de comunicación por un plazo no menor a siete

Así, en el inciso final del artículo se menciona que habrá lugar de rectificación por vía judicial cuando exista difusión de información no demostrada, falsa o inexacta.

Por último, conforme el Art. 92 inc. 3 de la Constitución las solicitudes que realicen los titulares de la información personal o su representantes no deben tener ningún costo para el acceso, rectificación, modificación, etc.

5.7.2. Admisibilidad

De lo anterior se desprende que para presentar la acción de habeas data **se debe adjuntar la prueba de que haber presentado previamente la solicitud previa y la respuesta que recibió a la misma**. Mediante este requisito se busca demostrar que se ha configurado alguna de las causales de admisibilidad de la acción, esto es la denegación tácita o expresa de la información personal.

Por otra parte, es importante mencionar que la Corte Constitucional determinó que el legitimado activo debe observar los lineamientos de la Constitución, la LO-GJYCC y la jurisprudencia de la Corte en particular al estructurarla pretensión (objeto) del habeas data²⁹⁰. Si bien tiene sentido que el titular explique al juez lo que exige de su propia información, este precedente no debería convertirse en un pretexto para inadmitir una habeas data. A la luz del art. 86 de la Constitución, que establece que todas las garantías deben ser sencillas y efectivas y que no se necesita del patrocinio de un abogado, el juez constitucional debería enviar a completar la demanda de habeas data en base a las posibilidades de objeto que existen dentro

días consecutivos;

2. Lectura o transcripción de la rectificación y la disculpa pública en el mismo espacio, programas, secciones y medio de comunicación en que se difundió la información no demostrada, falsa o inexacta;

3. Solo en caso de reincidencia que tenga lugar dentro de un año se impondrá una multa equivalente al 10% de la facturación promediada de los últimos tres meses presentada en sus declaraciones al Servicio de Rentas Internas, sin perjuicio de cumplir lo establecido en los numerales 1 y 2 de este artículo; y,

4. En caso de nuevas reincidencias, la multa será el doble de lo cobrado en cada ocasión anterior, sin perjuicio de cumplir lo establecido en los numerales 1 y 2 de este artículo.

En el caso de los medios de comunicación públicos o comunitarios que no tengan facturación, la multa será del 10% de la doceava parte de su presupuesto anual.

El cumplimiento de estas medidas administrativas, no excluye las acciones judiciales a las que haya lugar por la difusión de información no demostrada, falsa o inexacta.

290 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 182-15-SEP-CC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 596 del lunes 28 de septiembre de 2015, pág 9.

de esta garantía. Caso contrario, si fuera entendido como un requisito de admisibilidad, esta garantía convierte la sencillez que caracterizan a todas las garantías jurisdiccionales y un atentado al derecho a la tutela judicial efectiva.

5.7.3. Juez competente

Conforme el Art. 7 de las reglas comunes de las garantías constitucionales, “será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos”, por lo tanto mucho dependerá del lugar donde se encuentre la información. Como es información de carácter personal, un habeas puede presentarse o en el lugar donde se encuentran las entidades públicas o privadas que tienen en su control la información o en el lugar de domicilio accionante, debido a que una afectación a la información personal implica una afectación a la esfera íntima de las personas.

5.7.4. Procedimiento

El trámite que le corresponde es el común a todas las demás garantías. En especial, las normas sobre la apelación, cuya competencia recaería sobre las cortes provinciales y no sobre la Corte Constitucional. Esta última solamente podría conocer un habeas data mediante el mecanismo de revisión de sentencias de garantías jurisdiccionales, por las cuales emite reglas jurisprudenciales revisadas en este capítulo. No obstante lo anterior, se resalta lo siguiente:

- La acción deberá dirigirse en contra de la entidad pública o personas o entidades privadas que tienen la información personal requerida. El peticionario debe en la medida de lo posible concretar la pretensión mencionando el tipo de conducta que debe adoptar la entidad con respecto a su información personal.
- De ser negado de forma expresa o tácita la solicitud en un plazo razonable se debe interponer el habeas data ante un juez de primera instancia.
- En la calificación de la demanda el juez evaluará la razonabilidad el lazo en casos de falta de respuesta.

En todo lo no abordado en este capítulo, la acción de habeas corpus se basa en las normas generales comunes a las garantías jurisdiccionales analizadas en el capítulo 2 del presente manual.

Capítulo VI.

El acceso a la información pública

La acción de acceso a la información pública nació de la necesidad democrática de las personas de conocer cómo actúan sus mandatarios, como forma de control y de fuente para la adopción de decisiones políticas informadas. El acto normativo que dio origen a esta garantía fue la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP), publicada en el Suplemento del Registro Oficial 337 del 18 de mayo de 2004. La ley contemplaba los principios generales que rigen el acceso a la información, la definición de información pública y los mecanismos de exigibilidad. En 2008, la Asamblea Nacional Constituyente decidió elevar el reconocimiento de esta garantía a nivel constitucional en el artículo 91 de la nueva Carta Magna. En el presente acápite se analizará la forma en que se debe accionar esta garantía y la identificación de la información que es susceptible de exigirse mediante ella.

6.1. Objeto y derechos tutelados

De acuerdo con la Constitución, la acción de acceso a la información busca “garantizar el acceso a [la información pública] cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna”²⁹¹. El derecho a acceder a la información pública es vital para el ejercicio de los derechos políticos, así como de la participación efectiva. La importancia de este derecho ha sido destacada por los órganos que integran el Sistema Interamericano:

Dada su importancia para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los sistemas democráticos, el derecho de acceso a la información ha sido objeto de pronunciamiento por parte los Estados Miembros de la OEA en su Asamblea General, quien le ha dado el mandato a la Relatoría Especial para hacer seguimiento al tema y ha instado

291 Art. 91 CRE

*a los Estados a que respeten y hagan respetar el acceso de todas las personas a la información pública y promuevan la adopción de las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva*²⁹².

Desde la expedición de la LOTAIP, la acción de acceso se ha convertido en un instrumento fundamental para la garantía de los derechos humanos ya que esta ha permitido que las personas conozcan el estado de los procesos administrativos que les afectan y mediante el uso de la información otorgada se han fundamentado demandas en contra de instituciones públicas por violación de derechos humanos. El estudio realizado el año 2007 por el Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador destaca la importancia de la LOTAIP para la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales. En palabras de Ramiro Ávila Santamaría, coordinador de la obra, “el derecho a la información pública previene violaciones de derechos humanos y sustenta peticiones sobre violaciones a estos derechos”²⁹³. El estudio recoge cuatro artículos sobre experiencias de litigio estratégico que empezaron mediante el acceso a la información pública y que continuaron con demandas por violaciones a derechos humanos en los campos de educación, acceso al agua, vivienda y alimentación.

La acción de acceso ha demostrado su efectividad para documentar violaciones de derechos humanos. En 1988 el Suboficial Enrique Duchicela de las Fuerza Aérea del Ecuador fue torturado y ejecutado extrajudicialmente por el Estado Peruano en la ciudad de Lima. Dado que el Suboficial Duchicela realizaba actividades de espionaje para el Estado Ecuatoriano, el gobierno de Ecuador adoptó la posición oficial de que su desaparición se debía a cuestiones personales y que su muerte no estaría confirmada. Mediante una acción de acceso a la información, la viuda del Suboficial Duchicela demandó al Ministerio de Relaciones Exteriores para que entreguen los cables diplomáticos y demás información relevante que dicha cartera del Estado tenía sobre su desaparición. El Juzgado Segundo de Inquilinato y Relaciones Vecinales de Pichincha aceptó la acción y ordenó entregar la información que reposaba en dicho Ministerio²⁹⁴, la decisión fue apelada ante la Corte Provincial

292 CIDH, Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, vol.2 , p. 407

293 Ramiro Ávila Santamaría (coord.), Los Derechos Sociales. Del acceso a la información a la justicibilidad, Quito, Centro de Derechos Humanos/Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007, p.42

294 Juzgado Segundo de Inquilinato y Relaciones Vecinales de Pichincha, Caso 17402-2011-0842, sentencia del 16 de septiembre de 2011.

de Pichincha la cual ratificó la decisión del juez de instancia²⁹⁵. En base a la información obtenida se pudo saber que el Estado Ecuatoriano tuvo conocimiento de la captura de Enrique Duchicela y, por tanto, mintió deliberadamente a la viuda y a sus hijas generándoles un sufrimiento innecesario que se prolongó por años. Con estos documentos, y otros más obtenidos mediante el mismo procedimiento, la viuda y sus hijas presentaron una petición que se encuentra a la fecha de publicación de este trabajo en trámite ante la CIDH.

La Corte Constitucional de Ecuador también reconoce la conexión de la acción de acceso a la información con el derecho a la verdad, el control a los funcionarios públicos y la protección de los derechos humanos:

Se colige entonces el vínculo existente entre el derecho al acceso a la información pública y los principios de transparencia y publicidad que deben caracterizar la actuación de los poderes públicos en un Estado constitucional de derechos y justicia como el nuestro, contribuyendo al control por parte de la sociedad sobre las instituciones públicas y privadas, al obligarlas a explicar públicamente las decisiones adoptadas y el uso que le han dado al poder y a los recursos públicos, convertido en una herramienta esencial para la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas de actuaciones arbitrarias y de violaciones de derechos humanos y para garantizar el derecho a la memoria histórica de la sociedad²⁹⁶.

El Sistema Interamericano también se ha pronunciado respecto al acceso a la información como derecho relaciona a la libertad de pensamiento y expresión:

[este] no [es] sólo el derecho y la libertad de expresar el propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. [El derecho de acceso a la información se] ampara [en] el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención [Americana] el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal,

295 Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Pichincha, Caso17132-2011-0926, Sentencia del 8 de noviembre de 2011.

296 Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 182-12-SEP-CC del 3 de mayo del 2012, MP: Roberto Bhrunis Lemarie, publicada en el suplemento del Registro Oficial 781 del 4 de septiembre de 2012.

*salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción*²⁹⁷.

En conclusión, el objeto de la acción de acceso a la información pública no es solamente acceder a los documentos oficiales, sino tutelar, mediante la transparencia, los derechos a la libertad de expresión, a los derechos políticos, a los derechos económicos, sociales y culturales y a todos los demás derechos que deben ser tutelados por el estado y cuya violación muchas veces se oculta en los archivos oficiales.

6.2. De la información que se puede solicitar

La Constitución de 2008 restringe la acción de acceso a la información pública que **no** tenga el carácter de **reservada**, siempre y cuando dicha calidad haya sido declarada como tal con anterioridad, por autoridad competente y de acuerdo con la ley²⁹⁸. No obstante, la norma constitucional menciona que esta garantía puede ser interpuesta aún cuando se alegue las calidades de reservada, secreta y confidencial.

La LOGJYCC aclara el alcance de la acción, al establecer que no se puede acceder a información reservada o confidencial, y, además, amplía la restricción al manifestar expresamente que la información “estratégica y sensible a los intereses de las empresas públicas”²⁹⁹ quedaría excluida. Por su parte la LOTAIP mantiene la restricción del acceso a la información pública a la información de carácter reservada³⁰⁰ y confidencial³⁰¹. Finalmente, la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos (LSNRDP), establece criterios adicionales para determinar qué información debería ser considerada confidencial³⁰².

De las normas aplicables antes mencionadas se extraen tres criterios que delimitan la información a la que las personas pueden acceder mediante esta acción constitucional: (i) la información debe ser pública, (ii) no debe ser confidencial; y, (iii) no debe ser reservada o secreta.

297 Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. párr. 76 y 77.

298 Art. 91 CRE

299 Art. 47 núm. iii de la LOGJYCC.

300 Art. 17-18 de la LOTAIP

301 Art. 6 de la LOTAIP

302 Art. 6 de la LSNRDP

6.2.1. La información debe ser pública

El tipo de información a la que se puede acceder mediante la presente acción debe ser pública. La LOTAIP establece que será información pública aquella que “se encuentre en poder de las instituciones públicas [en cualquier formato] y de las personas jurídicas a las que se refiere esta Ley, contenidos, creados u obtenidos por ellas, que se encuentren bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del Estado”³⁰³. Es claro entonces que la categoría “pública” es una consecuencia, en primer lugar, de quien produce o guarda la información: cuando son instituciones públicas, entonces la información es pública. Las excepciones son las informaciones que siendo públicas tienen el carácter de reservado o confidencial.

En segundo lugar, resulta más complejo determinar cuando la información que se encuentra o es producida por personas privadas es pública. El artículo 6 de la LOTAIP establece dos parámetros: (i) información pública que se encuentre bajo responsabilidad de privados; y, (ii) que la información haya sido producida con recursos del Estado. Por su parte, el artículo 1 de la misma ley señala, además, que los privados están sujetos al principio de publicidad cuando: (iii) son concesionarios del Estado, tengan participación del Estado o reciban rentas del Estado. Finalmente, el artículo 3 ratifica estos criterios.

La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la negativa de entregar la información sobre un proceso contractual de una empresa anónima (Pacifictel S.A.) cuyo único accionista era el Estado. En dicho caso, la información fue declarada pública en razón de la participación del Estado en la compañía. Para la Corte además fue relevante como la Contraloría General del Estado mantiene competencia en estos casos en los que se invierten recursos públicos, mediante la participación del Estado como accionista en la compañía³⁰⁴. Como se analizará más adelante, se pretendió modificar este pronunciamiento mediante el artículo 47 de la LOGJYCC, el cual constituye un límite inconstitucional a la acción de acceso a la información pública.

6.2.2. La información no debe ser confidencial

La información pública que se solicita no debe ser confidencial. La confidencia-

303 Art. 6 de la LOGJYCC

304 Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0003-09-AI de 21 de julio de 2009, MP: Hernando Morales Vinuesa, publicada en el Registro Oficial 10 de 24 de agosto del 2009.

lidad es un estándar **relacionado con el derecho a la intimidad de las personas y la protección de su información personal** que se encuentre en poder del Estado. De acuerdo con el artículo 6 de la LOTAIP, sería confidencial la información que se relacione con los derechos personalísimos y fundamentales de una persona. La información personal en general queda protegida mediante esta excepción al principio de publicidad. Existen casos en los no resulta complicado determinar qué información sería confidencial, como los registros médicos, direcciones, teléfonos, vínculos familiares, propiedades, etc. Sin embargo, cabe la posibilidad de que en ejercicio de sus derechos personalísimos las personas realicen actos de trascendencia pública, como realizar contratos o afiliarse a un sindicato, en donde la línea entre lo confidencial y lo público se vuelve más tenue.

El Tribunal Constitucional del Ecuador en un caso en donde la información que se solicitaba era un acta de una reunión sindical en la que constaban los nombres de personas que presentaron su renuncia al sindicato declaró que tal información era parte del derecho personalísimo de las personas de pertenecer o dejar de pertenecer a un sindicato, por lo que dicha acta no sería pública:

En la presente causa el demandante solicita acceso a la documentación que consta en los archivos del Sindicato de Trabajadores de Obras Públicas de Chimborazo en relación a las renuncias presentadas por varios miembros de la organización y aceptadas en sesiones de la misma, hechos constantes de las respectivas actas. Al respecto, cabe analizar que tanto la afiliación como desafiliación de las personas a cualquier organización, en ejercicio del derecho de asociación garantizado constitucionalmente, en el artículo 23, número 6, es precisamente un derecho subjetivo, de orden personal, que tiene relación con las convicciones de los individuos que determinan su preferencia de formar parte y separarse de alguna organización, en este caso, de carácter gremial, que solo atañe a su decisión y objetivos personales, por lo que cualquier información al respecto no reviste interés público, atento a lo previsto en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública que define a esta información como confidencial³⁰⁵.

La Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos establece también parámetros de accesibilidad y confidencialidad de información personal. Según el artículo 6 de dicha ley serían confidenciales los datos “de carácter personal, tales como: ideología, afiliación política o sindical, etnia, estado de salud, orientación sexual, religión, condición migratoria y los demás atinentes a la intimidad personal y

305 Segunda Sala del Tribunal Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0012-2006-AI de 8 de noviembre de 2006, MP: José García Falconí, publicada en el suplemento del Registro Oficial 409 de 1 de diciembre del 2006.

en especial aquella información cuyo uso público atente contra los derechos humanos consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales³⁰⁶. El mismo artículo establece que la información patrimonial puede dejar de ser confidencial si quien la solicita declara cual es el motivo de la solicitud y el uso que hará de la información. Esta sería una primera excepción a la confidencialidad de información personal.

Una segunda excepción sería la contenida en el artículo 6 de la LOTAIP, la cual establece que no sería confidencial la información personal cuando se trate de investigaciones conducidas por autoridades competentes sobre violaciones a derechos humanos, excepto si la investigación se encuentra en etapa de indagación previa.

6.2.3. La información no debe ser reservada o secreta

La información pública puede también ser reservada o secreta. Solamente existe un límite al principio de publicidad basada en el contenido de la información cuando se trata de información personal y, por tanto, confidencial. Cualquier otro tipo de información pública debe, en principio, ser accesible, aun si tratan de temas sensibles de carácter económico, político o militar que no han sido declarados expresamente como información reservada.

La declaración de información reservada por la autoridad competente o por la ley **debe hacerse previa a la negativa de entregar la información y siguiendo el procedimiento determinado por la ley**. El artículo 17 de la LOTAIP establece dos casos de clasificación de información: (i) los documentos clasificados como reservados por el Consejo de Seguridad Nacional en casos de defensa nacional, los informes de inteligencia sólo serán reservados si existe (y mientras dure) conmoción nacional; y (ii) los documentos que sean declaradas como reservados por las leyes vigentes. La clasificación de la información será temporal y hasta un período de 15 años. La descalificación de la información operará en cuanto desaparezcan las causas que dieron lugar a su clasificación. La existencia misma de la información, incluida el índice que para el efecto realizará el Consejo de Seguridad Nacional, no serán reservados.

La clasificación de la información debe ser **excepcional y motivada**. En el año 2015 se hicieron públicos informes de inteligencia que el gobierno de Ecuador habría ordenado sobre líderes sociales, periodistas y defensores de derechos hu-

306 Art. 6 de la 6 LSNRDP

manos³⁰⁷. Esta información, que no puede ser considerada de seguridad interna o externo, sino a lo mucho de interés político incluía espionaje a nivel de datos personales que no estaban justificados. Este tipo de informes, que violan el derecho a la intimidad y demuestran la política de gobierno de considerar enemigos del estado a estas personas, no podrían ser clasificados bajo ningún concepto.

La declaración de información reservada:

- Debe realizarse de forma previa a la negativa de entregar la información
- Debe realizarla la autoridad competente o por disposición de la ley
- Es excepcional y requiere motivación
- Se debe hacer siguiendo el procedimiento determinado por la ley (Art. 17 LOTAIP)
- Es temporal, por un periodo máximo de 15 años.

En cuanto a los **documentos clasificados por ley como reservados**, se debe advertir que deben existir criterios de razonabilidad, motivación y no desnaturalizar el derecho constitucional al acceso a la información. El Código Orgánico Integral Penal, por ejemplo, determina que los documentos de la investigación previa son reservados con el fin de tutelar el derecho a la presunción de inocencia e impedir la obstrucción de la investigación del delito³⁰⁸. La LOGJYCC también contiene un límite legal al acceso a la información y es la pública estratégica o sensible para las empresas públicas³⁰⁹. Resulta preocupante que la determinación de estratégico o sensible sea arbitraria, aunque la ley no desarrolla el procedimiento, el mismo debería ser al menos similar al del Consejo de Seguridad Nacional; es decir, que la información sea declara como tal de manera previa y cumplir con la obligación contenida en el LOTAIP de llevar un índice público de estos documentos³¹⁰.

307 Los Blancos de la Inteligencia”, en Plan V revista digital, 30 de mayo del 2015, disponible en: <http://www.planv.com.ec/investigacion/investigacion/blancos-la-inteligencia>

308 El Código Orgánico Integral Penal, artículo 584

309 Art. 47(iii) de la LOGJYCC

310 Art. 18(iv) de la LOTAIP

Tipos de información

- **Información pública.-** Son todos los documentos, en cualquier formato, que se encuentren en poder de las institucionales públicas y de las persona jurídicas que se encuentren bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del Estado. (Ver en Art. 5 de la LOTAIP).
- **Información reservada.-** Son los documentos calificados como reservados, de forma motivada, por razones de defensa nacional por parte del Consejo de Seguridad Nacional. Por ejemplo, los planes y órdenes de defensa nacional. También es aquella información expresamente establecida como tal por las leyes vigentes (Art. 17 de la LOTAIP).
- **Información confidencial.-** Información de carácter personal, derivada de los derechos personalísimos y fundamentales, atinentes a la intimidad personal o aquella cuyo uso público atente contra los derechos humanos (Ver en art. 6 LOTAIP y Art. 6 LSNR-DP).

Excepciones a la información confidencial: i) Datos sobre el patrimonio si el solicitante indica el motivo y el uso que hará de la información; ii) información personal para las investigaciones sobre violaciones de derecho humanos, salvo los procedimientos de indagación previa.

6.3. Del trámite prejudicial

El artículo 91 de la Constitución establece que la acción de acceso procede cuando se ha denegado la información o esta no es completa o fidedigna, de lo cual se deduce que debió existir una solicitud previa a la vía judicial que no fue atendida debidamente por la autoridad que custodia la información. El requisito de solicitar previamente la información antes de acceder a la acción de protección no se

establece en la LOGJYCC, como si ocurre con la solicitud previa en la acción por incumplimiento³¹¹. Es la LOTAIP la que contiene normas claras al respecto, no sólo como un mero procedimiento formal previo, sino como una obligación del funcionario público cuyo incumplimiento acarrea una sanción³¹².

La solicitud administrativa de información pública deberá ser presentada al titular de la institución en donde repose la información, identificando la información solicitada así como su ubicación³¹³, en caso de ser conocida. En este sentido la LOGJYCC establece que de no constar la información solicitada en la institución acudida, esta deberá indicar donde se encuentra la información³¹⁴. Por ejemplo, si se requiere información sobre un estudio de impacto ambiental (EIA) de una operación minera, la persona solicitante deberá dirigir su requerimiento al Ministro de Recursos Naturales No Renovables (MRNNR), indicando que requiere copia del EIA del proyecto al que se quiera acceder y que el mismo se encuentra en la Dirección de Protección Ambiental. Si la indicación de la ubicación de la información no es exacta, ya que el EIA se encuentra en el Viceministerio de Minas (que se encuentra dentro de la estructura del MRNNR), el despacho del Ministro tendrá que suministrar de todas maneras la información. No podría alegarse que la solicitud no contenía la ubicación exacta para denegar la información. Sin embargo, si el proyecto se encontraba en un área protegida y el Ministerio de Ambiente (MAE) era el encargado del EIA, el Ministro deberá indicar que su cartera de estado no tiene la información solicitada e indicar donde reposa la información, en este caso la dirección del MAE responsable.

La solicitud de información deberá ser respondida dentro del plazo perentorio de 10 días, los cuales se podrían ampliar por 5 días más por causas justificadas siempre y cuando se informe al peticionario³¹⁵. Si la entidad a la que se solicita la información no responde dentro del plazo de 10 días (o 15 días si dentro de los primeros 10 días se informó motivadamente al peticionario la necesidad de tiempo adicional), el peticionario estará legitimado a presentar un requerimiento judicial mediante la acción de acceso a la información. De la misma manera el peticionario estará legitimado si la respuesta deniega la información o entrega información in-

311 Art. 54 de la LOGJYCC

312 Art. 23 de la LOTAIP

313 Art. 19 de la LOTAIP

314 Art. 48(ii) de la LOGJYCC

315 Art. 9 de la LOTAIP

completa o inexacta.

Es fundamental aclarar que en la solicitud **no se requiere exponer los motivos** por lo que la persona requiere la información ni declarar los usos que se hará de la misma, salvo de que se trate de información financiera de una persona. Esta exposición de motivos y usos no se encuentra en la Constitución ni en la Ley, además de ser contraria al derecho al acceso a la información pública, como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla.

De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea³¹⁶.

Trámite prejudicial para el acceso a la información pública:

- i) Solicitud administrativa al titular de la institución: indicar el tipo de información y la ubicación si se conoce.
- ii) Plazo de respuesta de la solicitud: 10 días, prorrogables por 5 días si es justificado y se informa al petitionerario.
- iii) Se puede plantear el acceso a la información si:
 - o No existe respuesta en el plazo.
 - o Si existe negativa para entregar información.
 - o Si la información entregada es incompleta o inexacta.
 - o Si la información es falsa.

316 Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. párr. 77

6.4. Admisibilidad

Para presentar la acción de acceso a la información **se debe adjuntar la prueba de que haber presentado previamente la solicitud previa y la respuesta que recibió a la misma**. Mediante este requisito se busca demostrar que se ha configurado alguna de las causales de admisibilidad de la acción, esto es: (i) la denegación tácita o expresa de la información, (ii) que la información entregada sea incompleta; y (iii) que la información haya sido alterada o sea falsa.

No son causales de inadmisibilidad: (i) que la información sea confidencial o reservada, (ii) la localización inexacta de la información; y (iii) que no se especifique el motivo de la solicitud y el uso que se dará a la información. En el primer caso, la confidencialidad o reserva de la información deberán ser alegadas y demostradas dentro del proceso³¹⁷. En caso que la identificación de la localización de la información sea inexacta, existe la obligación del demandado de establecer quien tiene la información³¹⁸. Finalmente, no existe obligación de informar a la autoridad, ni al juez que conozca la causa, de la motivación de la solicitud, ni del uso que se le dará. La única excepción a lo anterior opera cuando se requiere información patrimonial o información sobre investigaciones de violaciones de derechos humanos, sin embargo, en ambos casos se trata de superar la confidencialidad de datos personales.

Por último, tampoco se considerará un requisito de inadmisibilidad que la persona accionante demande la “elaboración de información”(solicita información inexistente o el análisis o evaluación de datos). En virtud del artículo 20 de la LOTAIP, este tipo de requerimientos debería ser tratado como excepción perentoria planteada por el accionado y no como un requisito de inadmisibilidad, que debería resolverse con los méritos del caso en sentencia.

Cabe resaltar que el propio artículo 20 de la LOTAIP señala que entregar información dispersa, mediante índices o estadísticas, no constituye “producción de información”. Esto se basa en la obligación de mantener datos públicos de forma ordenada y sistemática.

317 LOTAIP artículo 22.

318 LOGJYCC artículo 48

**No son causales de inadmisibilidad de un acceso
a la información pública:**

- (i) Que la información sea confidencial o reservada. Estas calidades deberán ser alegadas y demostradas dentro del proceso.
- (ii) La localización inexacta de la información en la petición.
- (iii) Que no se especifique el motivo de la solicitud y el uso que se dará a la información.
- (iv) Que se solicite “elaborar información”. Este aspecto debería analizarse como una excepción perentoria.
- (v) Que se solicite información dispersa.

6.5. Procedimiento

La acción de acceso a la información pública tenía un procedimiento judicial establecido en la LOTAIP que se ajustaba al trámite de las garantías jurisdiccionales de la Constitución de 1998 (el Tribunal Constitucional era competente para conocer la apelación a la decisión del juez, jueza o tribunal de instancia). Si bien dichas normas procedimentales no fueron derogadas expresamente, de acuerdo a la nueva Constitución y a la LOGJYCC, el trámite que le corresponde es el común a todas las demás garantías. En especial, las normas sobre la apelación, cuya competencia recaería sobre las cortes provinciales y no sobre la Corte Constitucional. Esta última solamente podría conocer una acción de acceso a la información pública mediante el mecanismo de revisión de sentencias de garantías jurisdiccionales.

No obstante lo anterior, las reglas de procedimiento de la LOTAIP que no contravienen el nuevo marco jurídico estarían vigentes³¹⁹:

319 LOTAIP artículo 22

- La acción deberá dirigirse en contra de la entidad que custodia la información requerida.
- De ser concedido el recurso, la autoridad demandada tendrá que entregar al juez o jueza de la causa toda la información requerida en el plazo de ocho días.
- Existe una presunción de publicidad de la información pública, por lo que la alegación reserva, confidencialidad o lo estratégica y sensible de la información tiene que ser documentada dentro del procedimiento. Si el juez o jueza de la causa determinase que la información no pertenece a estas categorías entregará la información al accionante.
- El juez o jueza de la causa ante la amenaza de que la información pueda ser alterada o destruida puede ordenar como medidas cautelares la colocación de sellos de seguridad, la aprehensión, verificación o reproducción de la información.
- De ser favorable la decisión del juez o jueza, pero la información entregada no es completa, se podrá ordenar la verificación directa de los archivos.

En todo lo no abordado en este capítulo, la acción de acceso a la información pública se basa en las normas generales comunes a las garantías jurisdiccionales analizadas en el capítulo 2 del presente manual.

Capítulo VII.

La acción por incumplimiento

La acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección son las únicas garantías jurisdiccionales que pueden ser interpuestas directamente ante la Corte Constitucional. Su razón de ser es darle una vía de ejecución a las obligaciones internacionales del estado emanadas de las decisiones de los órganos de supervisión de derechos humanos, así como de las normas que integran el sistema jurídico cuyo incumplimiento genere violaciones de derechos constitucionales. Esta garantía es una de las innovaciones de la Constitución de 2008 y tiene su antecedente en el escaso o nulo cumplimiento del estado ecuatoriano de las sentencias e informes internacionales en sus aspectos no pecuniarios³²⁰.

7.1. Objeto

Como ya se mencionó en la introducción, la acción por incumplimiento tiene por “objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el ordenamiento jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos”³²¹.

En su primer aspecto, se entiende que la acción procede por el incumplimiento de **cualquier norma que integre el sistema jurídico** y que no pueda ser exigida por

320 En casos como Benavides Cevallos (CorteIDH) o Hermanos Restrepo (CIDH) el estado solamente ha cumplido en su totalidad el pago de indemnizaciones. La parte más compleja de cumplir es la investigación y sanción de los responsables que pertenecen generalmente a las fuerzas policiales y militares. En este punto es dramático, por ejemplo, como para octubre de 2008 sólo 6 casos de 136 documentados por la Comisión de la Verdad han sido judicializados. Ver “De los 136 casos documentados por la Comisión de la Verdad, sólo 6 se han judicializado”, en La República, periódico digital, 14 de octubre de 2015, disponible en: <http://www.larepublica.ec/blog/politica/2015/10/14/de-los-136-casos-documentados-por-la-comision-de-la-verdad-solo-6-se-han-judicializado/>

321 Artículo 93 de la CRE

vía ordinaria³²². En palabras de la Corte Constitucional, esta acción:

Permite la vigencia, aplicación y eficacia del sistema jurídico ecuatoriano frente a posibles omisiones en la aplicación de la normativa vigente por parte de las autoridades públicas o personas naturales o jurídicas particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas o presten servicios públicos, que no puedan ser ejecutables por las vías judiciales ordinarias³²³.

Si bien las sentencias pueden ser consideradas normas jurídicas con efectos inter partes, las sentencias ordinarias suelen tener mecanismos propios de ejecución, mientras que las sentencias constitucionales cuentan con la “acción de incumplimiento” que fue descrita en el acápite 2.10 del presente trabajo.

En su segundo aspecto, es decir el de garantizar el **cumplimiento de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos**, cabe analizar si la Constitución contiene una definición amplia de estos instrumentos internacionales o si se restringe a aquellos que son considerados vinculantes de acuerdo con el Derecho Internacional Público.

En el caso de las sentencias internacionales, queda claro que son vinculantes para el Estado, ya que los tratados que crean o que dan competencia a las cortes internacionales contienen disposiciones por las cuales las partes contratantes se obligan a cumplir con las resoluciones de dichos órganos, algunos ejemplos de esta afirmación son los siguientes:

Sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

322 Artículo 56.3 de la LOGJYCC

323 Sentencia: N° 005-15-SAN-CC, del 6 de Mayo de 2015, MP: Ruth SeniPinoargote, Registro Oficial N° 526 Suplemento, 19 de Junio de 2015

Sobre la Corte Internacional de Justicia

Artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

1. La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes.
2. Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria ipso facto y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico.

Sobre la Corte Penal Internacional

Artículo 86 del Estatuto de Roma

Obligación general de cooperar.- Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia.

Artículo 87 del Estatuto de Roma

Solicitudes de cooperación: disposiciones generales.- [...] 7. Cuando, en contravención de lo dispuesto en el presente Estatuto, un Estado Parte se niegue a dar curso a una solicitud de cooperación formulada por la Corte, impidiéndole ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con el presente Estatuto, ésta podrá hacer una constatación en ese sentido y remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto.

Ecuador es parte de los tres tratados internacionales citados. Sin embargo, el debate puede darse en cuanto a los informes de los órganos cuasi-contenciosos (como las peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) de las organizaciones internacionales o los informes de los procedimientos no contenciosos (como los exámenes periódicos ante los Comités de Naciones Unidas). La inquietud sería si pueden ser ejecutados mediante esta acción en caso de incumplimiento de Ecuador. Si esta fuese una pregunta de derecho internacional público (DIP) exclusivamente se debería determinar la naturaleza jurídica de estos informes de

acuerdo con este campo del derecho, en la mayoría de los casos la respuesta será que dichos informes no son directamente vinculantes. En la mayor parte de casos los órganos de supervisión de tratados llamarán a la parte resolutive de sus informes “recomendaciones” y tendrán un sistema de judicializar la negativa de los estados de cumplirlas. Por ejemplo, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo cuenta con mecanismos cuasi-contenciosos para supervisar la ejecución de los tratados firmados bajo el amparo de dicha organización, cuando el Comité encargado de tramitar y resolver las quejas presentadas emite un informe, el Estado demandado podrá rechazar las recomendaciones presentando el caso a la Corte Internacional de Justicia³²⁴.

Sin embargo, esta es una pregunta que debe ser respondida de acuerdo al Derechos Constitucional Ecuatoriano. La pregunta no es cuál es el valor de estos instrumentos en el Derecho Internacional, sino cual es el valor que la Constitución Ecuatoriana de 2008 les otorga dentro del sistema. El texto del artículo 93 es claro al respecto. Si el constituyente hubiese querido referir la determinación de que instrumentos son vinculantes y cuáles no podía usar la formula “decisiones de organismos internacionales de derechos humanos”; sin embargo, no lo hace y expresamente establece que pueden ser objeto de la acción las sentencias e informes de dichas instituciones. De esta manera, instrumentos internacionales que no son vinculantes de acuerdo al DIP, la Constitución los convierte en vinculantes dentro del sistema. No es el único caso en que la Constitución expresamente amplía la concepción de instrumentos vinculantes más allá del DIP:

- El artículo 3 consagra que es deber primordial del Estado garantizar los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.
- El artículo 10 señala que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos gozan de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.
- El artículo 11.3 prescribe que los derechos constitucionales y los consagrados en instrumentos internacionales son de directa e inmediata aplicación.
- El artículo 11.7 establece que el sistema constituido por los derechos constitucionales y los derechos consagrados en los instrumentos internacionales no es un catálogo que excluya a otros derechos que emanen de la dignidad humana.

324 Artículos 29.2 y 31 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

- El artículo 41 indica que el asilo y el refugio son instituciones que están reguladas por la ley y los instrumentos internacionales.
- El artículo 57 y 58 son los más claro. En él se puede identificar el alcance del término instrumentos internacionales. El citado artículo señala que los pueblos y nacionalidades indígenas tienen los derechos constitucionales, además de los derechos consagrados en los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales. Es decir los instrumentos internacionales son los pactos, convenios, declaraciones y otras categorías.
- Los artículos 156, 171, 172, 384, 398 y 416 contienen también la fórmula de reconocimiento de los derechos contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.
- El artículo 417 hace referencia al principio pro humano y a la no restricción de derechos, cláusula abierta y aplicabilidad directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Además se refiere nuevamente a tratados y “otros instrumentos internacionales”. El artículo 428 contiene una disposición similar, sin embargo establece que quien debe decidir la aplicación de los instrumentos internacionales es la Corte Constitucional y no cualquier juez que conoce la causa.
- El artículo 426 prescribe la aplicación directa e inmediata de los instrumentos internacionales, los cuales incluso podrían ser aplicados de forma preferente a las normas constitucionales si son más favorables para la persona.
- Finalmente el artículo 93 consagra ayuda a entender dos categorías adicionales de instrumentos internacionales que son los informes y sentencias de organismos internacionales.

En conclusión, el constituyente demuestra consistentemente su voluntad de extender el reconocimiento jurídico a actos que no son vinculantes en el DIP en aras de mejorar la protección de los derechos humanos. La no distinción del origen de los informes del artículo 93 permite asumir que se refiere a cualquier informe de un órgano de supervisión de los derechos humanos, sea este cuasi-contencioso o no contencioso, siempre y cuando contengan una obligación clara, expresa o exigible.

Objeto de la acción por incumplimiento

- Normas que no tengan vía ordinaria para ser exigidas
- Sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos, incluyendo a los no vinculantes

7.2.- Actuación prejudicial

El artículo 54 de la LOGJYCC establece que previo a la presentación de la acción por incumplimiento se debe reclamar el cumplimiento a la persona o institución obligada a hacer o no hacer de acuerdo a la norma o instrumento internacional sobre el que verse el reclamo. El destinatario deberá cumplir su obligación dentro del término de **40 días**, de no hacerlo o de no contestar al reclamo se configurará el incumplimiento.

La Corte Constitucional se ha manifestado sobre la obligación de agotar el trámite prejudicial antes de presentar la acción por incumplimiento:

Procede fundamentalmente frente a la existencia de dos presupuestos, a saber: 1.- Cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contiene una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible, y 2.- La existencia de un reclamo previo, a quien debe satisfacer dicha obligación³²⁵.

De no emparejarse a la demanda la prueba del reclamo previo³²⁶, la demanda será declarada inadmisibles³²⁷.

Antes de presentar una acción por incumplimiento: se debe demostrar que existió un reclamo previo. El incumplimiento se configura si el reclamo no es atendido en 40 días

325 Sentencia: N° 006-15-SAN-CC, del 27 de Mayo de 2015, MP: Alfredo Tirso Ruiz Guzmán, Registro Oficial N° 526 Suplemento, 19 de Junio de 2015.

326 Artículo 55 de la LOGJYCC.

327 Artículo 56 de la LOGJYCC.

7.3. Derechos tutelados

Mediante la acción por incumplimiento se tutelan todos los derechos constitucionales y los contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En especial, el derecho a la tutela judicial y a la seguridad jurídica. En el caso de la **tutela judicial efectiva** (artículo 75 de la Constitución) es obligación del estado que las decisiones de autoridades públicas que versen sobre sus derechos se ejecuten, incluidos los procedimientos internacionales que el Ecuador ha suscrito en uso de su soberanía. En el caso de la **seguridad jurídica** (artículo 82 de la Constitución) se refiere al derecho de todas las personas a que se cumplan las normas del ordenamiento jurídico.

Es altamente probable que ante el incumplimiento de una norma o de una decisión de un órgano internacional de derechos humanos se estén violando varios derechos de acuerdo al caso concreto; sin embargo, debería bastar para la Corte Constitucional con declarar la violación de los derechos antes mencionados para dar paso al trámite de la acción por incumplimiento.

7.4. De las obligaciones que pueden exigirse

De acuerdo con la norma constitucional son exigibles las obligaciones de hacer o no hacer “clara, expresa y exigible”³²⁸. De acuerdo con la Corte Constitucional estos estándares se definen de la siguiente manera:

*1) Clara: La obligación será clara cuando sus elementos constitutivos y sus alcances emerjan con toda certeza de la configuración de la norma y no necesite de ningún esfuerzo de interpretación para establecer cuál es la obligación de hacer o no hacer; 2) Expresa: La obligación será expresa cuando exista constancia escrita y en forma inequívoca de una obligación, conteniendo la forma en la cual debe plasmarse la ejecución de la obligación y, 3) Exigible: La obligación será exigible cuando contiene el deber de cumplir y el derecho de exigir el cumplimiento de su contenido, conforme a preceptos constitucionales y/o infraconstitucionales, y se determine el sujeto o sujetos que deben realizar esta actividad*³²⁹.

En el caso de **falta de ejecución de decisiones de organismos internacionales**

328 Artículo 93 de la CRE, en el mismo sentido los artículos 52 y 55.2 de la LOGJYCC.

329 Sentencia: N° 011-15-SAN-CC, del 16 de septiembre de 2015, MP: María del Carmen Maldonado Sánchez. Al cierre de este trabajo aún estaba publicada en el registro oficial.

de derechos humanos, los estándares de clara (que no necesite esfuerzo de interpretación) y expresa (constancia escrita e inequívoca de la obligación) no deberían ser difíciles de superar dado que se trata de documentos que hablan sobre violaciones en casos concretos y señalan medidas de reparación en dichos casos. Sin embargo, en el caso de **falta de cumplimiento de normas de carácter general** se tornaría más compleja la determinación de la obligación. En el caso citado, por ejemplo, la Corte Constitucional declaró que la obligación que exigían los demandantes contenida en la Ley de Seguridad Social sobre aportaciones patronales no era clara ya que la norma ordenaba la realización de estudios para el cálculo de aportes, por lo que la norma no establecía cuales serían las aportaciones a los que los demandantes tendrían o no derecho. Además, que no era expresa ya que para determinar la obligación se requerían pasos previos como la realización de los estudios ya mencionados. Sin embargo, la Corte no toma en cuenta que es obligación del IESS realizar dichos estudios que viabilizan el goce del derecho a la seguridad social y que dichos estudios no habían sido realizados. El nivel de especificidad de la determinación de las obligaciones parece demasiado alto para una acción que tiene como uno de sus fines la aplicación de normas de carácter general.

Además de los requisitos contemplados en la Constitución y en la ley existe uno obvio: **la norma o decisión deben haberse incumplido al momento de la presentación de la demanda**. En uno de los pocos casos sobre decisiones internacionales, el señor José Alfredo Mejía Idrovo demandó el incumplimiento por parte del Estado del informe emitido a su favor por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El caso nos deja al menos dos precedentes relevantes: (i) las decisiones de la CIDH son de aquellos informes cuyo cumplimiento puede exigirse mediante esta acción; y, (ii) la Corte Constitucional debe analizar el nivel de cumplimiento de la obligación contenida en la norma o decisión. En el caso comentado, la CIDH emitió un informe que, al no ser adoptado por el Estado dentro del plazo convencional, fue remitido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual emitió sentencia condenatoria en contra del Estado. Posteriormente, la CorteIDH emitió un informe de supervisión de cumplimiento de sentencia declarando archivado el caso por cumplimiento total de la decisión. El cumplimiento total de la sentencia fue decretado por la CorteIDH en 2012, la acción fue presentada en el 2010 y la sentencia de la CorteIDH fue emitida en 2011. Finalmente, la decisión de la Corte Constitucional fue adoptada en agosto de 2013, es decir al tomarle 3 años a la Corte Constitucional resolver el caso, le dio tiempo a la CorteIDH para que dicte sentencia y al Estado para cumplirla, dejando insubsistente la petición pero, a la vez, ofreciendo un recurso inefectivo por el retardo injustificado de la Corte

Constitucional³³⁰.

Las obligaciones que pueden exigirse por la acción por incumplimiento deben ser:

- **Claras:** son ciertas, que no requieren interpretación
- **Expresa:** son escritas
- **Exigible:** contienen el derecho a exigir, el deber de cumplir y el sujeto que debe hacerlo.
- **Debe haberse incumplido**

7.5. Legitimación pasiva

La Constitución no determina contra quien puede presentarse una acción por incumplimiento. Sin embargo, la LOGJYCC si contiene una norma (artículo 53) en que se especifica que la acción por incumplimiento puede ser presentada en contra de autoridades públicas y contra personas naturales o jurídicas particulares.

En ambos casos se debe presentar en contra de la autoridad o persona que presuntamente se encuentra obligada según la norma o decisión que se demanda incumplida. Contra particulares puede presentarse en dos casos: (i) cuando actúen en ejercicio de funciones públicas, esto es por concesión, delegación o prestando servicios públicos impropios; y, (ii) cuando se demande el incumplimiento de una decisión internacional, si de esta se desprende la existencia de una obligación de particulares determinados o determinables.

330 Sentencia: N° 008-13-SAN-CC, del 21 de agosto de 2013, MP: Tatiana Ordeñana Sierra, Suplemento del Registro Oficial No. 93 del 2 de octubre de 2013.

Legitimado Pasivo de la acción por incumplimiento

- Autoridades públicas
- Particulares: i) Si actúan en ejercicio de funciones públicas ii) Por decisión internacional

7.6. Requisitos de admisibilidad

La acción por incumplimiento será admisible siempre y cuando:

- 1) No exista otra garantía jurisdiccional mediante la cual se puedan tutelar los derechos³³¹.** En caso de duda, la Corte Constitucional debería admitir el caso aun cuando luego deba utilizar alguna de sus otras facultades para resolver el problema jurídico que se le presente. Tal fue el caso de la sentencia 002-09-SAN-CC mediante la cual se presentó una acción por incumplimiento; sin embargo, la Corte analizó la constitucionalidad de ciertas normas que impedían la ejecución de las normas incumplidas y declaró la inconstitucionalidad de las mismas³³².
- 2) No se trate de omisiones de mandatos constitucionales³³³.** El sentido de esta disposición estaría en la posibilidad de demandar la inconstitucionalidad por omisión cuando las autoridades públicas inobserven los mandatos constitucionales en el plazo determinado por la Constitución o dentro de un plazo razonable³³⁴. La LOGJYCC desarrolla un aspecto limitado de esta acción de inconstitucionalidad por omisión en su capítulo IX en el que habla del control de constitucionalidad de las omisiones normativas.
- 3) No exista otro mecanismo judicial para lograr la ejecución de la norma o**

331 Artículo 56.1 de la LOGJYCC.

332 Sentencia: N° 002-09-SAN-CC, del 2 de abril de 2009, MP: Ruth SeniPinargote, Suplemento del Registro Oficial No. 566 del 8 de abril de 2009.

333 Artículo 56.2 de la LOGJYCC.

334 Artículo 436.10 de la CRE

decisión³³⁵. Cuando se demande el cumplimiento de una sentencia de una corte internacional, la parte pecuniaria podría ser ejecutada mediante los mecanismos de ejecución de sentencias extranjeras. Sin embargo, la LOGJYCC establece una excepción a esta regla cuando de no admitirse la acción por incumplimiento se pueda generar un daño grave e inminente a quien demande³³⁶.

4) Se cumplan los requisitos de la demanda³³⁷, los cuales son: (i) identificación del accionante, (ii) identificación de la norma o decisión incumplida, (iii) identificación del demandado, (iv) prueba del trámite prejudicial, (v) declaración de no haber presentado una acción previa en contra de las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones y con la misma pretensión; y, (vi) señalar donde deberá citarse al demandado³³⁸.

7.7. Procedimiento específico y autoridad competente

La demanda se presentará directamente a la Corte Constitucional³³⁹, la cual analizará la admisibilidad de la causa. De declararse admisible se sorteará al juez o jueza ponente y dentro de las siguientes 24 horas se conminará al demandado a que cumpla o que justifique el incumplimiento en una audiencia que se llevará a cabo en el término de 2 días. Las pruebas se presentarán en la audiencia; sin embargo, de existir hechos adicionales que deban probarse se abrirá la causa a prueba por 8 días, tras los cuales se dictará sentencia. De no existir necesidad de abrir la causa a prueba o si la demandada no comparece, la Corte Constitucional debería emitir sentencia en el término de 2 días tras la celebración de la audiencia. En la práctica estos plazos no se cumplen, llegando a tomar meses e incluso años tener una resolución de la Corte Constitucional.

En todo lo no abordado en este capítulo, la acción por incumplimiento se basa en las normas generales comunes a las garantías jurisdiccionales analizadas en el capítulo 2 del presente manual.

335 Artículo 56.3 de la LOGJYCC

336 Id.

337 Artículo 56.4 de la LOGJYCC

338 Artículo 55 de la LOGJYCC

339 Artículo 57 de la LOGJYCC.

Capítulo VIII. La acción extraordinaria de protección

Esta garantía jurisdiccional, creada en la Constitución de 2008, busca darle efecto a la normatividad de la Constitución, al permitir que las actuaciones judiciales también sean susceptibles de impugnación por violaciones a los derechos fundamentales. La novedad de la garantía dentro de nuestro sistema, sumado a su sucinta formulación en el artículo 94 de la Constitución, dejó un amplio margen de apreciación a la Asamblea Nacional y a la Corte Constitucional. Como se tratará de demostrar en los siguientes párrafos, las decisiones de ambas instancias han limitado excesivamente y han desnaturalizado esta garantía fundamental para la garantía de los derechos humanos en Ecuador.

Los límites por la Asamblea mediante la LOGJYCC van desde el establecimiento de un plazo excesivamente corto para su presentación hasta el establecimiento de requisitos de admisibilidad cuya complejidad va en contra de las características comunes a todas las garantías establecidas en el artículo 86 de la Constitución. Por otra parte, la Corte Constitucional ha aplicado la acción extraordinaria de protección como un nuevo recurso de nulidad, al cual acudir en caso de faltas al debido proceso legal en busca de que se retrotraiga el proceso al momento del cometimiento de la falta. Las actuaciones antes descritas le han restado significativamente la efectividad a esta garantía, la consecuencia de las limitaciones de la LOGJYCC han generado un altísimo número de rechazos de estas acciones por cuestiones formales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional no sólo ha privado a las víctimas de violaciones de derechos fundamentales de una reparación integral, también las ha revictimizado.

La acción extraordinaria de protección aparece por primera vez en la Constitución de 2008 para complementar el sistema de garantías jurisdiccionales. Permite el amparo en contra de decisiones judiciales que violan los derechos humanos.

8.1. Objeto

La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales de las **violaciones que por acción u omisión cometan jueces, juezas, tribunales y cortes**. Esta institución aparece en la Constitución de 2008 para complementar el sistema de garantías jurisdiccionales al permitir el amparo en contra de decisiones judiciales. La Constitución de 1998 prohibía expresamente que un amparo constitucional pueda ser presentado contra una decisión judicial³⁴⁰, por lo que las víctimas de violaciones de derechos humanos que no encontraron justicia en las cortes nacionales debían acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIPDH).

Para comprender mejor la función que esta acción debe cumplir en el sistema de garantías jurisdiccionales debemos remitirnos precisamente al sistema de peticiones individuales del SIPDH. El sistema de peticiones individuales empieza con la presentación de una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), una vez concluido el proceso ante la CIDH con el informe de fondo, al que se refiere el artículo 50 de la CADH, la CIDH o el Estado demandado pueden presentar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La Corte IDH concluirá el procedimiento al emitir una sentencia de obligatorio cumplimiento para el Estado demandado³⁴¹.

El sistema de peticiones individuales del SIPDH es subsidiario a los sistemas nacionales, por lo que requiere que previamente se hayan agotado todos los recursos de la jurisdicción interna³⁴². Dentro de la CADH, como ya se analizó en párrafos anteriores, se consagra el derecho a la protección judicial (Art. 25), por el cual las personas tienen derecho a presentar acciones judiciales que efectivamente tutelen sus derechos humanos. Cuando se consuma la violación de un derecho y, además, no existen vías judiciales de tutela o dichas vías no son efectivas, se están cometiendo dos violaciones de derechos humanos: la violación inicial (por la que se presenta la acción) y la violación por falta de tutela judicial.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1998, las víctimas de violaciones de derechos humanos que presentaban sus demandas ante la justicia y no recibían una respuesta efectiva de esta, carecían de una opción judicial nacional para reclamar esta doble

340 Art. 95 inc 2 de la Constitución de 1998.

341 Art. 68 de la CADH

342 Art. 46 núm. 1 lit. a) de la CADH

violación de derechos. La Constitución de 2008 presenta una alternativa, la acción extraordinaria de protección como acción que: (i) analiza si la actuación de la instancia judicial que conoció el caso proporcionó o no una tutela judicial efectiva; y, (ii) de encontrar una violación deberá dictar las medidas de reparación integral de los derechos violados.

Para cumplir con estos objetivos la Corte Constitucional debe analizar la actuación de los funcionarios judiciales, tanto aquellos de instancias inferiores (cuando son estos quienes cometieron la violación) así como la de las instancias superiores, que teniendo competencia para hacerlo, no reencusaron el proceso permitiendo así que se consume la violación. En el momento en que la Corte Constitucional declara que las instancias judiciales por acción u omisión violaron un derecho fundamental dentro del proceso, tiene la obligación constitucional de determinar la reparación integral tanto del derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, como del derecho que se alegó en primera instancia como violado de ser este el caso. En algunos casos, como en aquellos en que el poder judicial haya dejado en impunidad graves violaciones de derechos humanos, la reparación debería incluir la reapertura del proceso ordinario por el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad. Sin embargo, en los demás supuestos, una disposición de retrotraer el proceso no será una medida adecuada de reparación sino todo lo contrario, una medida de revictimización.

Si la Corte Constitucional declara que las instancias judiciales violaron un derecho fundamental dentro del proceso debe determinar la **reparación integral**, que no equivale a retrotraer los efectos de la decisión judicial impugnada, sino a reparar el daño a los derechos.

8.2. Derechos tutelados

El artículo 94 de la Constitución establece que mediante la acción extraordinaria de protección se pueden pedir la tutela de cualquier derecho consagrado en la Constitución por acción u omisión de una autoridad judicial. Se entiende entonces que la cobertura de la acción es mucho más amplia que la de la simple tutela del debido proceso en los procesos ordinarios. Esta tutela, además, ya existe en el sistema judicial mediante los distintos recursos establecidos en los procesos ordinarios, en especial el recurso de nulidad.

Sin embargo, el Art. 237 núm. 2 de la Constitución declara que uno de los requisitos para que proceda la acción extraordinaria de protección (a la cual llama de forma inconsistente acción y recurso en el mismo artículo) se deberá demostrar que se ha violado en el proceso el debido proceso u otros derechos constitucionales. Este énfasis en el debido proceso empieza a generar una interpretación de la acción extraordinaria de protección como un recurso de nulidad ante violaciones al debido proceso y los demás derechos amparados por la misma pasan a un segundo plano.

Según datos del Observatorio de la Justicia Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y de la Universidad Andina Simón Bolívar³⁴³, entre el año 2009 y 2014, la Corte Constitucional declaró la nulidad de proceso en acciones extraordinarias de protección y, por tanto, dispuso que se retrotraiga en 295 ocasiones, frente a los 39 casos en donde, una vez declarada la violación, pasó a disponer algún tipo de reparación; es decir, que tan sólo 1 de cada 7 casos que la Corte resuelve favorablemente no se tratan de debido proceso o, siendo de debido proceso, la Corte asume su deber de reparar la violación de derechos fundamentales.

La Acción extraordinaria de protección tutela cualquier derecho consagrado en la Constitución que haya sido violado por acción u omisión de una autoridad judicial dentro de un proceso

8.3. Autoridad judicial competente

La acción extraordinaria de protección es una de las dos acciones jurisdiccionales constitucionales, junto con la acción por incumplimiento, que conoce en primera y única instancia la Corte Constitucional. La acción debe ser propuesta ante el órgano que dictó la decisión definitiva dentro del proceso que se impugna, el juez ad quo deberá notificar a la otra parte de la interposición de la acción y deberá remitir el expediente completo a la Corte Constitucional³⁴⁴. La función del juez ad quo no es la de calificar la procedencia de la acción, sino la de transmitir la solicitud y el expediente en el término de 5 días a la Corte Constitucional³⁴⁵.

343 <http://www.uasb.edu.ec/web/observatorio-de-justicia-constitucional-del-ecuador/inicio>

344 Art. 62 de la LOGJYCC

345 Resolución de la Corte Constitucional 1, Registro Oficial Suplemento 351 de 29 de diciembre del 2010. Quito, D. M., 22 de diciembre del 2010 SENTENCIA No. 001-10-PJO-CC

8.4. Legitimación activa (¿tiene derechos fundamentales el Estado?)

La Constitución de 2008 no establece condiciones particulares en cuanto a la legitimación activa para presentar una acción extraordinaria de protección. Es aplicable, por tanto, la amplia legitimación activa del artículo 86 de la CRE: “cualquier persona grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer”³⁴⁶ una acción extraordinaria de protección. La LOGJYCC establece en cambio que solamente pueden interponer esta acción aquellas personas o grupo de personas que hayan sido o hayan debido ser parte del proceso judicial que genera la reclamación³⁴⁷.

Al ser la acción extraordinaria de protección una garantía jurisdiccional para la tutela de derechos fundamentales, se entiende que solamente se puede presentar esta acción por la violación de estos derechos. Algo que parece lógico se vuelve complejo cuando surge la pregunta de si las expresiones “cualquier persona”, del artículo 86 de la CRE, o “aquellas personas”, del artículo 59 de la LOGJYCC, incluye a las personas jurídicas. Este debate surgió en el seno del Tribunal Constitucional del Ecuador, en donde una serie de fallos contradictorios no lograron aclarar si la Constitución de 1998 atribuía o no derechos fundamentales a las personas jurídicas³⁴⁸. Quienes defienden que las personas jurídicas tienen derechos fundamentales se basan en consideraciones como la definición de persona del código civil y la diferencia positiva entre derechos fundamentales y derechos humanos.

En cuanto a la definición de persona contenida en el código civil, esta se encuentra en un cuerpo normativo que es *lex specialis* para un número importante de relaciones jurídicas en materia de contratos, familia, obligaciones y sucesiones. Incluso en dicho cuerpo normativo se encuentran disposiciones que diferencian entre los derechos que pueden o no tener las personas jurídicas. Esta diferencia resulta lógica, ya que sería un absurdo hablar de adopción, matrimonio o muerte de una persona jurídica. La misma lógica trasladada a nivel constitucional permite analizar la pertinencia de afirmar que las personas jurídicas tienen derechos fundamentales, ¿podría una empresa demandar la violación de su derecho a la educación, a la vivienda o a la libertad de conciencia? Independientemente de que estos derechos

CASO No. 0999-09-JP. “Caso INDULAC”. Parte resolutoria titulada “jurisprudencia vinculante”, numeral 3.

346 Art. 86 núm. 1 de la CRE

347 Art. 59 de la LOGJYCC

348 Se pueden encontrar algunos ejemplos de este debate en la obra “El amparo constitucional” de Rafael Oyarte, pp 38-45.

tengan reconocimiento positivo a nivel nacional o internacionales, su razón de ser es proteger a los seres humanos y no a las ficciones jurídicas, se volverá a este punto más adelante.

El argumento de usar el código civil para interpretar la Constitución resulta tan inadecuado como usar el mismo código para interpretar normas de su misma jerarquía como el código integral penal. El artículo 140 de dicho cuerpo normativo tipifica el tipo penal de asesinato en los siguientes términos “la persona que mate a otra será sancionada con pena privativa [...]”³⁴⁹. Usando la lógica de que cada vez que encontremos la palabra “persona” en un texto normativo sin hacer distinción debemos suponer que se refiere tanto a personas naturales como a personas jurídicas significaría en este contexto que las personas jurídicas podrían asesinar o ser víctimas de asesinato. Para no generar este tipo de interpretaciones aventuradas, el propio COIP establece cual sería la responsabilidad de las personas jurídicas³⁵⁰, la cual es excepcional siendo la regla la responsabilidad individual de las personas naturales por el cometimiento de los delitos tipificados en dicho código. Además, de lo antes anotado, por una cuestión simple de jerarquía normativa se puede y se debe interpretar el código civil en función de la Constitución, sería absurdo hacerlo en el otro sentido.

Finalmente, se argumenta que existe una diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos humanos, los derechos fundamentales serían aquellos consagrados en la Constitución (a personas naturales y jurídicas) y los derechos humanos aquellos que sólo se atribuyen a los seres humanos (a personas naturales). Si solamente de los derechos humanos están restringidos para los seres humanos, entonces los derechos fundamentales podrían ser atribuidos a personas naturales y jurídicas por igual. Este razonamiento desconoce que ambos grupos de derechos tienen fundamentos no sólo positivos (no son sólo fundamentales porque están en las constituciones o humanos porque están en los tratados internacionales), sino porque son parte imprescindible del contrato social. Los derechos fundamentales son aquellos que cada sociedad ha decidido establecer como el mínimo de la convivencia social armónica, aquellos que aceptamos para los demás y demandamos para nosotros, y que aceptamos como inseparables de la idea de dignidad humana. La idea de dignidad humana es central en la formulación tanto de los derechos fundamentales como de los derechos humanos, al punto que la propia Constitución contiene una cláusula abierta en su artículo 11 núm. 7 en el que se consagra que

349 Art. 140 LOGJYCC

350 Art. 49 COIP

las “el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos 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”.

El artículo 11 núm. 7 no sólo consagra que los derechos fundamentales tienen base en la dignidad humana, sino que trata los derechos fundamentales y los derechos humanos como un todo. No es la única parte de la Constitución en que esto sucede, disposiciones similares las encontramos cuando se abordan temas como las obligaciones del Estado³⁵¹, los derechos de los cuales son titulares las personas³⁵², la directa e inmediata aplicación de los derechos³⁵³, el principio pro homine³⁵⁴, la obligación de aplicación directa de los derechos³⁵⁵, entre otras.

De todo lo expuesto podemos concluir que adjudicar derechos fundamentales a personas jurídicas es al menos discutible en el campo teórico. Sin embargo, lo que parece aún más difícil de sostener, es que los órganos del Estado, al ser personas jurídicas, tengan también derechos fundamentales. Al ser el Estado una ficción creada con el fin de administrar los derechos y libertades de la sociedad de manera que se garantice que cada miembro recibirá de los demás un trato acorde a la dignidad humana, es difícil concebir que dicho órganos sea también titular de esos derechos y libertades. A la Corte Constitucional de Ecuador no parece importarle ni el debate sobre la titularidad de las personas jurídicas en general, ni la del Estado en particular. En efecto, la Corte Constitucional ha aceptado a trámite 195 acciones extraordinarias de protección en donde el accionante es una persona jurídica de derecho público, es decir un órgano del Estado, entre 2008 y 2012³⁵⁶.

8.5. Actos y omisiones impugnables

De acuerdo al artículo 94 de la Constitución, la acción extraordinaria de protec-

351 Art. 3 núm. 1 de la Constitución

352 Art. 10 de la Constitución

353 Art. 11 núm. 3 de la Constitución

354 Art. 424 de la Constitución

355 Art. 426 de la Constitución

356 Observatorio de Justicia Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador y Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2015.

ción procederá contra sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia, firmes o ejecutoriadas, en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución. A pesar de que el artículo citado parece hacer referencia a la impugnación de la decisión judicial como el objeto de la acción, lo que se impugna es la conducta judicial en el proceso que concluye con la sentencia o auto definitivo.

No cualquier acto u omisión dentro de la sustanciación de un proceso judicial puede ser impugnado, sino aquellos que hayan violado un derecho constitucional del accionante. El artículo 437 núm. 2 de la Constitución pone un énfasis innecesario en el derecho al debido proceso el cual sólo ha provocado confusión en litigantes, jueces y juezas.

En base al derecho a la tutela judicial efectiva, todos los jueces y juezas deberán proporcionar recursos sencillos, rápidos y efectivos para la protección de derechos fundamentales, los actos u omisiones a los que se refiere el artículo 94 de la Constitución deberán ser interpretados a la luz de estas obligaciones. Es decir, los actos u omisiones serían impugnables cuando como consecuencia de estos ocurra un retardado injustificado de la resolución del proceso, primen las formalidades para la decisión más que los méritos de la causa o al no considerar las alegaciones de las partes y las pruebas aportadas hayan convertido al proceso en ilusorio.

El espíritu de la norma constitucional no se respetaría si el artículo 94 fuese interpretado de manera que se pueda presentar una acción extraordinaria de protección solamente cuando exista una sentencia o auto definitivo. El retardo injustificado debería ser también impugnable, ya que la omisión de emitir una resolución dentro de los plazos legales también es fuente de violación de derechos y no sería adecuado imponer la carga de esperar indefinidamente por una resolución a la víctima. Esta interpretación la encontramos en LOGJYCC en su artículo 61 núm. 3 que establece como requisito de admisibilidad haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios antes de presentar una acción extraordinaria de protección a menos que estos fuesen ineficaces o inadecuados. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece una guía sobre cómo debe interpretarse la ineficacia de los recursos:

“La Corte manifiesta, como lo ha hecho en reiteradas ocasiones, que no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. Este Tribunal ha señalado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten

*ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión*³⁵⁷.

Serían admisibles, por tanto, las acciones extraordinarias de protección presentadas directamente a la Corte Constitucional sin que exista una sentencia o auto con fuerza de sentencia cuando: (i) habiendo sido iniciada la acción quien deba resolverla ha incurrido en retardo injustificado; y, (ii) cuando haya quedado demostrado en la práctica que sería ilusorio presentar la acción por falta de independencia de la judicatura, porque los fallos que emite no tienen vía de ejecución o cuando se niegue sistemáticamente el acceso a la protección judicial.

Lo que se impugna en una acción extraordinaria de protección no es en sí la decisión judicial, sino la *conducta judicial* (acción y omisión) en el proceso que concluye con la sentencia o auto definitivo.

8.6. Requisitos de admisibilidad

La Constitución contiene únicamente un requisito de admisibilidad, esto es que se hayan agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no sea atribuible por negligencia al accionante³⁵⁸. La LOGYCC introduce 6 elementos formales que debe contener la demanda³⁵⁹ y 8 requisitos de admisibilidad³⁶⁰, a continuación se analizarán cada uno de ellos:

a) Formalidades de la demanda. De acuerdo con el artículo 61 de la LOGYCC, la demanda de acción extraordinaria de protección debe contener: (i)

357 Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, Párr. 58.

358 Artículo 94 de la CRE

359 Artículo 61 de la LOGYCC

360 Artículo 62 de la LOGYCC

calidad de la persona que comparece; (ii) constancia de que la sentencia o auto está ejecutorada; (iii) prueba de haber agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios, o la justificación de porque no fueron agotados; (iv) señalamiento de la autoridad que emitió la decisión impugnada; (v) identificación del derecho constitucional violado; y, (vi) la indicación del momento en que se violó el derecho, en caso de que se alega una violación en la tramitación del proceso.

Se entendería de la redacción del artículo 61 que la demanda debe ser presentada por escrito; sin embargo, esto sería contrario al artículo 86 núm. 2 lit. c de la Constitución que establece que las garantías jurisdiccionales pueden ser presentadas oralmente. Se desprende además de dicho artículo que no existe la necesidad de citar la norma infringida y que cualquier omisión de fondo debería ser subsanada por el juez de la causa³⁶¹.

De la misma manera, la “demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios” es incompatible con la disposición del artículo 86 núm. 3 de la Constitución que determina que los hechos señalados por la parte accionante serán considerados ciertos a menos que el demandado aporte información relevante.

Cabe señalar que la disposición de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios tiene sentido en un sistema de control constitucional difuso, en donde las violaciones de derechos constitucionales puedan ser analizadas y resueltas por cualquier juez, jueza o tribunal mediante la aplicación directa de la Constitución, como lo ordena el artículo 426 inc. 2 de la Constitución. Mientras tanto, en un sistema de control constitucional concentrado, no tendría ningún efecto alegar la violación de un derecho constitucional que emane de la aplicación de una norma jurídica ante un juez de instancia o mediante los recursos ordinarios a los jueces o tribunales superiores, ya que ninguno de ellos podría inaplicar un precepto normativo, aún cuando su incompatibilidad con los derechos constitucionales sea evidente. Lamentablemente, la Corte Constitucional en varios fallos, desconociendo el artículo 426 de la Constitución, ha decretado que no existe control constitucional difuso en Ecuador³⁶². Por lo tanto, resulta en ex-

361 Ver además el artículo 10 inciso segundo de la LOGJYCC.

362 Ver por ejemplo, Quito, D. M., 18 de noviembre del 2010, Sentencia N° 055-10-SEP-CC, (RO Lunes 10 de Enero del 2011 Registro Suplemento – Nro. 359, p. 35): “a partir del reconocimiento de los señores Jueces de la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, queda claro que se ha desnaturalizado a la acción de protección, y a través de ella, han determinado que el acto objeto de la acción, acto admi-

tremo inoficioso obligar a las personas que quieren alegar una violación de derechos fundamentales, el agotar los recursos extraordinarios que generalmente son técnicos y tienen funciones específicas.

- b) El primer requisito de admisibilidad es que de la demanda **se desprenda una violación a los derechos constitucionales** por acción u omisión de la autoridad judicial (artículo 62 núm. 1 de la LOGJYCC).
- c) El accionante debe justificar la **relevancia constitucional** de la pretensión (artículo 62 núm. 2 de la LOGJYCC).
- d) La solicitud **no puede basarse únicamente en lo injusto o equivocado** de la sentencia (artículo 62 núm. 3 de la LOGJYCC). Sin embargo, de acuerdo al artículo 86 núm. 2 lit. c de la Constitución, la acción extraordinaria de protección no requeriría patrocinio de abogado y podría proponerse oralmente sin especificar la norma infringida, por lo que el juez de la causa (en este caso la Corte Constitucional) debería escuchar el relato del accionante y aún cuando su solicitud este basada en lo injusto o equivocado de la sentencia la Corte debería analizar si existe o no mérito en el reclamo.
- e) La acción **no puede estar fundada en la interpretación errónea de la ley** (artículo 62 núm. 4 de la LOGJYCC). Este requisito resulta redundante, ya que el artículo 62 núm. 2 de la misma ley habla de la relevancia constitucional del caso. No obstante, pese a esta doble reiteración, gran parte de los casos que han llegado a la Corte Constitucional por acción extraordinaria de protección tratan sobre violaciones al debido proceso legal que bien podían ser resueltas en la justicia ordinaria mediante recursos de nulidad o casación. Se destacan los numerosos casos en los que se ha permitido accionar al estado a pesar de que sus reclamos de violación al debido proceso legal no pueden ser de relevancia constitucional, en tanto que el estado no es titular de derechos fundamentales.
- f) La acción **no puede referirse a la apreciación de la prueba** (artículo 62 núm. 5 de la LOGJYCC).

nistrativo con efectos individuales y directos, carece de eficacia jurídica. Es así, que más allá de haber lesionado gravemente los derechos de las partes al desnaturalizar la garantía interpuesta, se ha efectuado un control de constitucionalidad inexistente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, control difuso y directo de un acto administrativo con efecto directo e individual.

- g) La acción **debe presentarse dentro de los 20 días posteriores a la notificación** de la última decisión judicial del último recurso interpuesto. Para quienes debieron ser parte del proceso pero no participaron del mismo, los 20 días corren desde el momento que conozcan de la resolución (artículo 62 núm. 6 de la LOGJYCC). El plazo de 20 días fue establecido en el artículo 60 de la ley, pero no es un plazo establecido en la Constitución y no forma parte de ningún criterio objetivo, por lo que resulta contradictorio con el propósito de dar la más amplia protección a los derechos fundamentales. Se ha argumentado que la necesidad de este plazo nace de generar seguridad jurídica, en el sentido de que no se podría dejar abierta la posibilidad de impugnación de una sentencia de forma indefinida; sin embargo, este argumento parte del error conceptual de tratar a la acción extraordinaria de protección como un recurso que modifica la sentencia que se impugna. La acción extraordinaria es un juicio en contra de la administración de justicia que falló en tutelar los derechos fundamentales de los accionantes y sólo se deberían retrotraer los procesos en casos excepcionales en donde se demuestre que no reabrir el proceso puede generar impunidad por graves violaciones de derechos humanos. En los demás casos, es el estado el que debería asumir los daños y perjuicios provocados por la errónea administración de justicia. Si se concibe de esta manera la acción extraordinaria de protección, no existe inseguridad jurídica al permitir un plazo razonable para la presentación del caso ya que solamente en casos de cosa juzgada fraudulenta la decisión afectaría a quien ya se benefició de la decisión de la justicia ordinaria (por ejemplo, el Sistema Interamericano concede 6 meses).
- h) La acción **no puede plantearse en contra del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales** (artículo 62 núm. 7 de la LOGJYCC). Esta es una nueva restricción abusiva y antitécnica de esta garantía, ya que la acción extraordinaria de protección fue creada para que exista control de constitucionalidad -además de garantizar derechos- de los órganos judiciales. Según esta norma, el Tribunal Contencioso Electoral estaría durante los procesos electorales al mismo nivel de la Corte Constitucional y al no existir -según esta Corte- control constitucional difuso el Tribunal podría aplicar normas inconstitucionales o violatorias de derechos fundamentales durante los procesos electorales, sin que exista garantía alguna para las personas. La justificación que se ha dado a esta norma es nuevamente la seguridad jurídica y lo caóticos que podrían volverse los procesos electorales si toda decisión del Tribunal es impugnada ante la Corte. Nuevamente, esta fundamentación parte del error conceptual de considerar a la acción extraordinaria de protección como un recurso en caso de que la Corte conociese de un caso decidido por el Tribunal Electoral. Lo co-

recto sería que si la Corte encuentra violación de derechos debería ordenar la reparación integral y solo en casos excepcionalísimos podría revocar la decisión del Tribunal.

- i) Finalmente, la acción debería **ser relevante para el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, corregir la mala o nula aplicación de uno de sus precedentes o solventar una grave violación a los derechos constitucionales** (artículo 62 núm. 8 de la LOGJYCC). Esta es la restricción más grave que presenta la LOGJYCC a la acción extraordinaria de protección ya que establece criterios propios de una selección facultativa (como la de revisión de sentencias) para una acción que debe tener las características de las demás garantías jurisdiccionales y que, por tanto, no puede estar limitada a criterios de selección como estos. La Corte Constitucional debe dar la misma atención a todas las acciones extraordinarias de protección, caso contrario, corre el riesgo de violar el derecho a la tutela judicial efectiva. ,Esto implica analizar seriamente cada caso y no rechazarlos por tales criterios, como la falta de importancia para el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte.

8.7. Reparación integral. ¿Acción constitucional o recurso de nulidad?

Como se ha enunciado ya en el presente trabajo, existe una confusión conceptual entre la acción extraordinaria de protección como acción o como recurso. La diferencia no es puramente teórica, en ella radica que la Corte Constitucional repare integralmente o se convierta en una última instancia de revisión de nulidad de las causas.

El tratamiento que recibe esta institución en la ley y en la Constitución es errático, en ocasiones se le denomina recurso y en otras acción. Las consecuencias de cómo se denomine a esta institución son relevantes para la protección de los derechos fundamentales, ya que significa darle verdadera efectividad a la institución o alargar más el ya doloroso proceso de las víctimas por la búsqueda de la justicia. Para responder esta pregunta se analizará: (i) la variada denominación que se le da a la institución; (ii) la naturaleza y fin de la institución; y, (iii) la forma en que la Corte Constitucional ecuatoriana concibe la institución en su jurisprudencia.

(i) La variada denominación que recibe la institución.

La institución de la acción extraordinaria de protección analizada aparece en la Constitución en el artículo 86 con el nombre de “acción extraordinaria de protección”:

Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. 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.

La denominación se vuelve más confusa en el artículo 437 de la Constitución, en el que se usan ambos términos:

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 (Subrayado fuera de texto)

El problema continúa con la LOGJYCC, que limita y establece las reglas procesales para la aplicación de la institución y empieza a denominarla recurso:

Art. 62.- Admisión.- La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; éste ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días. [...]

*8. Que el admitir un **recurso extraordinario** de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional. (Subrayado fuera de texto)*

La institución es llamada únicamente recurso en el artículo 62 núm. 8 de la ley, sin embargo, esto fue suficiente para que la Corte Constitucional para el Período de Transición haya confundido la institución y la asuma precisamente como un recurso.

Para aclarar el problema, se debe tomar en cuenta que en derecho procesal una acción significa el inicio de un proceso, es el acto mediante el cual se inicia la actividad jurisdiccional de los jueces de instancia y el proceso puede tener otros niveles jerárquicos de jurisdicción a los cuales se puede acceder mediante los recursos. Un recurso siempre estará dentro de un proceso, sin embargo una acción sólo inicia un nuevo proceso. Cuando se acude a recursos como el de apelación o de nulidad, se mantiene el objeto del litigio y las partes procesales. El recurso de apelación o el de

casación tienen la particularidad de que el juez que lo resuelve dicta nueva sentencia, el recurso de nulidad devuelve al juez que conocía la causa para que continúe sustanciando el proceso desde el momento en que se produjo la nulidad. En uno y otro caso el efecto es sobre el proceso.

La acción extraordinaria de protección tiene como presupuesto el hecho de que las personas acudieron a la justicia ordinaria para reclamar la violación de sus derechos dentro del trámite de un proceso, sin que dicha vía haya resultado efectiva para garantizarle el derecho a la tutela judicial. Si esta institución fuese un recurso significa que las partes continúan siendo las que litigaron en la justicia ordinaria y que la decisión versaría sobre la materia de dicho litigio o que podría ordenarse que se retrotraiga el proceso hasta el punto en el que se originó la violación al debido proceso o a otros derechos constitucional y que, por tanto, el juez que conocía el caso, en el momento de producirse la violación, deberá volver a sustanciar la causa³⁶³.

Si la institución es una acción, el objeto de la causa sería determinar si existió una violación a los derechos humanos que fue provocada en el proceso o que no se pudo tutelar mediante el proceso y que, por tanto, se debe reparar dicho daño. Queda entonces analizar, desde el fin que le da la Constitución y la Ley a la acción extraordinaria de protección, cuál es su naturaleza.

Acción	Recurso
Acto que da inicio a la actividad jurisdiccional	Acto que está dentro de un mismo proceso y permite acceder a otros niveles jerárquicos de jurisdicción
Las partes que litigan son diferentes en cada acción que se plantea	Las partes que litigan son las mismas
El objeto y materia que se litiga es diferente en cada acción que se plantea.	La materia y objeto que se litiga es el mismo que se planteó en la demanda o acción.

363 Esta lectura de la Constitución es paradójicamente compartida por el actual Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador, quien cita la opinión de uno del autor de este trabajo en su ponencia: “La Acción Extraordinaria de Protección. Eficacia y efectividad en el orden garantista”. Patricio Pazmiño Freire, disponible en: https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/ponencia_integra.pdf, p. 12.

(ii) La naturaleza y fin de la institución

La acción extraordinaria de protección amplía la institución internacional del “amparo constitucional” a los actos emitidos por las autoridades judiciales (en forma de sentencias o autos definitivos). Esto tiene sentido ya que las garantías constitucionales deben proteger a las personas de todos los actos mediante los cuales el Estado ejerce su poder, incluido los jurisdiccionales. La Corte Interamericana, interpretando el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha referido así al amparo:

[E]l artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales [...]. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley³⁶⁴.

El artículo 86 de la Constitución señala que las garantías jurisdiccionales, entre las cuales está la acción extraordinaria de protección, deberán en su sentencia determinar las formas de reparación del derecho y las autoridades responsables de su ejecución. Además coinciden con la CADH y con la Corte IDH en decir que estas garantías deben ser sencillas, rápidas y efectivas.

Por todas estas características se puede concluir que la institución es una acción y no un recurso, ya que conoce y resuelve de una situación diferente a la planteada en la jurisdicción ordinaria., No conoce el fondo de lo que se discutió sino que la Corte Constitucional decidirá si la administración de justicia no tuteló los derechos fundamentales o violó el derecho al debido proceso, por tanto quien será el responsable de dichas violaciones es el Estado (mediante la administración de justicia) y es quien debe reparar la violación.

364 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 23. Ver además, Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párr. 32.

(iii) La forma en que la Corte Constitucional ecuatoriana concibe la institución en su jurisprudencia

Todo el análisis anterior no coincide con la posición de la Corte Constitucional ecuatoriana. La Corte ha interpretado que la acción extraordinaria de protección es un recurso. Así por ejemplo, podemos citar dos de sus decisiones:

3. Ordenar que el presente proceso se retrotraiga hasta el momento en que se verifica la violación de los derechos constitucionales antes mencionados, es decir, cuando el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil negó infundadamente el recurso de casación, cuestión que a su vez hizo que la Procuraduría General del Estado interponga recurso de hecho ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia, recurso que fue negado mediante auto dictado el 21 de octubre del 2008 a las 08h20³⁶⁵.

En esta resolución se aprecia claramente que la Corte Constitucional trata a la acción extraordinaria de protección no sólo como recurso, sino como un recurso de nulidad, desnaturalizándola por completo. Sobre todo, tomando en cuenta que no soluciona la violación del derecho sino que reenvía a la víctima de vuelta a la justicia ordinaria sin haber reparado sus derechos (que además sí declara violados). Otra jurisprudencia en los mismos términos:

1.- Aceptar la Acción Extraordinaria de Protección deducida por el doctor Eduardo Carmigniani Valencia.

2.- Dejar sin efecto la providencia dictada el 23 de enero del 2009 por el Juez Décimo Octavo de lo Penal del Guayas, dentro del proceso penal de tránsito No. 026-2007.

3.- Notifíquese, publíquese y cúmplase³⁶⁶.

Esta sentencia, ni siquiera determina el efecto jurídico de su resolución, así podría ser interpretado como que la providencia queda anulada pero el proceso no o como nulidad de la providencia y, por tanto que se retrotraigan el proceso. En ambos casos, los procesos se retrotraen a jueces de instancia, dejando a salvo la

365 Corte Constitucional, Sentencia No. 020-09-SEP-CC de 13 de agosto del 2009, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 35 del lunes 28 de septiembre de 2009.

366 Corte Constitucional, Sentencia No. 009-09-SEP-CC, 19 de mayo de 2009, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 602 del lunes 1 de junio de 2009.

posibilidad de que sus decisiones puedan volver a impugnarse y, eventualmente, ser susceptibles de casación.

Estos son sólo dos ejemplos, pero los datos en esta materia son alarmantes. Según datos del Observatorio de Justicia Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y la Universidad Andina Simón Bolívar, entre 2009 y 2014 se han resuelto 735 acciones extraordinarias de protección, de las cuales 401 han sido rechazadas y 334 aceptadas. De las 334 aceptadas, 295 contienen decisiones de revocar la decisión judicial como única medida de reparación, es decir el 88% de los casos. Algún tipo de reparación se da solamente en el restante 12%, entre los cuales existe 1 caso (0.3%) en que se determina el pago de indemnización, se ordena investigar y sancionar en 11 casos (3.3%), medidas de rehabilitación en 1 caso (0.3%), medidas de restitución en 13 casos (3.9%), medidas de satisfacción en 9 casos (2.7%) y medidas de no repetición en 3 casos (0.9%)³⁶⁷. Para la Corte Constitucional en el 88% de los casos, la acción extraordinaria de protección es un recurso extraordinario de nulidad.

8.8. Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena

La Constitución de 2008 reconoce el derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador a conservar y desarrollar su derecho propio así como la administración del mismo mediante sus instituciones ancestrales³⁶⁸. En ejercicio de este derecho no podrán violarse derechos constitucionales. Además del reconocimiento como derecho, el artículo 171 de la CRE lo desarrolla en su aspecto operativo, al determinar que el estado “garantizará que las decisiones de la justicia indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas”³⁶⁹, además establece que las relaciones de la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria serán de “coordinación y cooperación” y no de subordinación.

367 Estos datos se encuentran disponibles en la sección de estadísticas de la página web del Observatorio de Justicia Constitucional: <http://www.uasb.edu.ec/web/observatorio-de-justicia-constitucional-del-ecuador/datos-estadisticos> Observatorio de Justicia Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador y Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2015.

368 Artículo 57(10) de la CRE

369 Artículo 171 de la CRE

Bajo el principio de que toda decisión estatal, incluidas las decisiones judiciales, deben estar sujetas al control constitucional y a la garantía de los derechos constitucionales, la jurisdicción indígena, al ser una de las formas en que el estado plurinacional administra justicia, era lógico suponer que se podrían presentar acciones extraordinarias de protección contra decisiones de la jurisdicción indígena. Sin embargo, el tipo de demandas que podrían ser admitidas no irían en la misma línea de las demandas por violaciones al debido proceso legal, sino al debido proceso desde las prácticas de cada pueblo o a la violación de los derechos humanos interpretados en clave intercultural.

Los artículos 65 y 66 de la LOGJYCC recogieron expresamente la figura de la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena. De igual forma, para el ejercicio de esta acción se podrá acudir directamente a la Corte Constitucional en el plazo de 20 días a partir de que se conozca la decisión de la comunidad³⁷⁰. Los principios que regirían esta acción son los de: interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía, debido proceso y oralidad³⁷¹. La Corte podrá valerse de *opiniones técnicas* que le permitan evaluar interculturalmente los hechos y las normas aplicables.

La primera decisión generada por la Corte Constitucional sentó un nefasto precedente para el desarrollo del estado plurinacional y el respeto de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas del país. En el *caso de La Cocha*, la Corte Constitucional decidió que en un caso de homicidio la comunidad únicamente protege los efectos sociales y culturales del acto en la comunidad, en cambio el proceso penal de homicidio tutelaría el derecho a la vida de la persona fallecida. Lo que operó mediante una argumentación deficiente fue la limitación de la jurisdicción indígena, la cual en ningún caso podría a partir de aquella decisión resolver sobre un atentado en contra de la vida de uno de sus miembros³⁷². La Corte Constitucional hizo prevalecer e impuso la visión occidental de la cárcel como única vía de reparación aceptable por la violación al derecho a la vida y, al hacerlo, desestimó la visión del Derecho Kichwa de la Sierra, en donde prima la idea de reparación y restitución del infractor a la comunidad. Bajo el mismo argumento, de que la justicia indígena sólo tutela el bien jurídico “equilibrio de la comunidad”, se podrá en el futuro excluir de la justicia indígena prácticamente de todas las infracciones tipificadas en el Código

370 Artículo 65 de la LOGJYCC

371 Artículo 66 de la LOGJYCC

372 Corte Constitucional, Sentencia N° 113-14-SEP-CC, Quito, D. M., 30 de julio de 2014, Suplemento del Registro Oficial N° 323 del lunes 1° de septiembre de 2014.

Orgánico Integral Penal. Esto constituye una modificación restrictiva y regresiva de la Constitución mediante la interpretación de la Corte Constitucional, lo cual resulta a todas luces inconstitucionales y violatorio de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas del país.

La acción extraordinaria de protección también cabe en contra de actuaciones judiciales de la justicia indígena, pero las violaciones alegadas deben ser entendidas bajo los principios que de: interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía, debido proceso y oralidad.

Capítulo IX.

Excursus:

Sobre La reparación integral³⁷³

9.1. A manera de introducción: origen y evolución de la reparación integral

La idea de resarcimiento de los daños puede vislumbrarse desde el mismo derecho romano (*principio sua cuique culpa nocet - Digesto 9,2,5,1*)³⁷⁴, pasando por su desarrollo en el Código Napoleónico, hasta consolidarse en los códigos civiles y penales de nuestra región³⁷⁵. La reparación se planteó como una “exigencia compensatoria”, y en el ámbito penal, además, con un papel sancionatorio³⁷⁶. En este esquema, la responsabilidad de la que se origina la reparación es subjetiva, en la que se debe probar la culpa o el dolo; la atención se centra en el sujeto que daña, no en la víctima del perjuicio; y, la *indemnización* es la forma de reparar por antonomasia.

Hasta la Edad Media, la obligación de resarcimiento se consideraba exclusiva de las relaciones entre particulares y predominaba el principio de “irresponsabilidad

373 Esta sección es de autoría de Nathaly Yépez y fue parte de su trabajo de investigación para su tesis de abogacía en la facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

374 Goyena García, citado por Diego F. Mogrovejo Jaramillo en La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008, UASB, Revista Foro No. 12, Quito-Ecuador, 2009, pág. 72

375 Ghersi Carlos, Teoría General de la Reparación de Daños, Editorial Astreal, Buenos Aires-Argentina, 1997, pág. 1 En el caso ecuatoriano, el código civil data de 1860 y el primer código penal de 1837.

376 Piñeros Vera Diego, Desarrollo Internacional de un concepto de reparación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitaria: complementos a la perspectiva de la ONU, en <http://www.scielo.org.co/pdf/papel/v13n2/v13n2a11.pdf> pág. 744

estatal³⁷⁷, basado en la idea de que el poder absolutista del soberano provenía de un mandato divino³⁷⁸.

En la edad moderna, si bien ya se reconocía la responsabilidad personal de los funcionarios públicos - no del Estado- , es con la irrupción de la idea de soberanía en el pueblo y principio de legalidad que empieza a forjarse la idea de responsabilidad estatal³⁷⁹. Así, surge la responsabilidad subjetiva indirecta del Estado, por la cual se debía probar la culpa o dolo de la funcionaria o funcionario que causó daño en el ejercicio de sus facultades; el Estado responde indirectamente porque debió vigilar el cumplimiento de los deberes de dichos funcionarios³⁸⁰.

En el siglo XIX aparece la responsabilidad objetiva del Estado, con temas relacionados a la ineficiencia o fallas en la prestación de servicios públicos o por el riesgo o daños anormales que no deben soportar los administrados aún si son legales. En este esquema de responsabilidad, se deja de lado la necesidad de probar la intencionalidad de los agentes estatales, debiendo sólo probarse el daño que se debe reparar³⁸¹. Además, los nuevos “fenómenos de dañosidad” del siglo XX visibilizaron la necesidad de incluir en materia de responsabilidad factores objetivos para responder a los esos nuevos daños, pues era insuficiente la teoría de la culpa para repararlos³⁸².

No obstante, a pesar de la ampliación de los posibles sujetos responsables - particulares y Estado- y de las formas de imputar el daño -objetivo y subjetivo- la indemnización continuó como el mecanismo protagonista-si no el único- de reparación.

La noción de **reparación integral** aparece a partir del periodo de entre y post guerras, con el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDDHH).

377 Chávez G. y Garcés M. (editores), Chávez G. y Garcés M. (Edit), El derecho a la reparación en el procesamiento penal, INREDH-CEPAM, Cotopaxi-Ecuador, 2000, pág. 32

378 Ídem

379 Cfr. Chávez G. y Garcés M. (Edit), Op. Cit, pág. 33.

380 *Ibíd.*, Op. Cit, pág.33-34

381 *ibíd.* , Op. Cit, pág. 34-35

382 Ghersi, Op. Cit., pág. 2-3. El profesor Ghersi señala como ejemplos de los “nuevos fenómenos de dañosidad” a los daños de las maquinas, a la difamación por la prensa, al accionar indiscriminado del Estado, la falta de justicia, contaminación del hábitat familiar, entre otros.

La barbarie, el desastre y sufrimiento que dejaron las guerras, después de las múltiples y masivas violaciones a los derechos de las personas, demostraron que el resarcimiento económico no alcanzaba para reparar la dignidad humana³⁸³.

Así, con la creación del sistema regional y universal de derechos humanos y la adopción de varios instrumentos internacionales se encuentra el sustento para el desarrollo de la reparación integral³⁸⁴. Cabe destacar, al art. 63 de la CADH y su desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte IDH, que desde su primera sentencia en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* de 1989, en el que acogió el criterio de la CIJ (*caso Factory at Chorzów*), ha sostenido que la reparación implica la plena restitución o *restitutio in integrum* del derecho violado y que la indemnización es solo una de las formas de reparar³⁸⁵.

En ONU, el principal tratamiento a la reparación integral se ha dado a través de los principios y directrices, desarrollados por los relatores especiales L. Joinet y D. Orentlicher³⁸⁶, así como por los relatores Théo Van Boven y M. Cherif Bassiouni³⁸⁷. Aquel conjunto de principios se considera el corpus iuris del sistema de ONU en materia de reparaciones³⁸⁸.

Por último, en el DIH, es relevante el del Estatuto de Roma de la Corte Penal In-

383 Rojas Valeria, La reparación integral, Un estudio desde su aplicación en acciones de protección en el Ecuador, UASB-Sede Ecuador, Tesis del Programa de Maestría en Derecho. Mención Derecho Constitucional, 2012, pág. 13

384 Cadabid María Jimena, El principio de reparación integral en la jurisprudencia del Consejo de Estado, Internet:[http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/la%20Haya/EI%20principio%20de%20reparaci%C3%B3n...\(Vlex\).pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/la%20Haya/EI%20principio%20de%20reparaci%C3%B3n...(Vlex).pdf), pág. 16

385 Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7 párr.25 y 26

386 El “Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad de Naciones Unidas” fue elaborado en un inicio por Joinet y actualizado la experta Orentlicher en 2005.

387 “Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, aprobados por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

388 Suprema Corte de la Justicia de la Nación, El principio de igualdad Género en la Jurisprudencia Comparada. Muestra analítica de criterios y nacionales internacionales y nacionales, Mexico, 2014, pág. 220-221

ternacional³⁸⁹, en el que establece la posibilidad de aplicar principios de reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabiente³⁹⁰, tomando en cuenta que su competencia se restringe a los delitos tipificados en el Estatuto y la responsabilidad que se establece es personal, no estatal como en el DIDDHH.

De esta forma, el **encuentro** entre la clásica figura de resarcimiento indemnizatorio y la reparación integral en los ordenamientos jurídicos empezará recién a finales del siglo XX, lo cual explica el predominio de la primera- de origen romanista- sobre la segunda- de origen internacional- como el modelo a seguir en materia de reparaciones.

La reparación integral en Ecuador, se incorporó por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la actual Constitución, vigente desde el año 2008. Si bien en 1998 se establecía la posibilidad de adoptar medidas urgentes para remediar las consecuencias de una violación a los derechos humanos que cause grave daño³⁹¹, como explica el profesor Ávila, no quedaba claro si se podía reparar integralmente, en razón de la naturaleza cautelar de amparo constitucional³⁹², que fue derogado y reemplazado por la acción de protección. Además, la responsabilidad estatal se basaba en el principio indemnizatorio, debido a que se la norma constitucional vigente en aquella época señalaba que “Las instituciones del Estado, sus delegatorios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen (...)”³⁹³

La actual Constitución consagra de forma expresa a la reparación integral para la resolución de *varios temas*: para reparar a las víctimas de infracciones penales (Art. 78), en casos de daños ambientales (Art. 397) y en materia de derechos constitucionales, para la reparación dentro de las garantías jurisdiccionales (Art. 86 núm. 3). El Art 86 núm. 3 de la Constitución ecuatoriana, disposición común para todas las garantías jurisdiccionales, entre ellas, la acción de protección, establece que el juez que encuentre una violación a un derecho constitucional debe

389 Adoptado en Italia-Roma en 17 de julio de 1998 y entró en vigor el 1 de julio de 2002. Ecuador lo ratificó el 5 de febrero de 2002.

390 Cfr. Art. 75 Estatuto CPI

391 Art. 95 de la Constitución Política del Ecuador de 1998

392 Ávila Ramiro, Del amparo a la acción de protección jurisdiccional, pág. 249

393 Art. 20 de la Constitución Política del Ecuador de 1998

“(...) ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.”

Con la expedición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) en octubre del 2009³⁹⁴ se aclara el panorama de la nueva reparación integral, ya que en su Art. 18 se establece que: a) debe ser ordenada en caso de daño material e inmaterial; b) define qué debe entenderse por daño materia e inmaterial; c) determina que se debe garantizar el disfrute del derecho vulnerado de la manera más adecuada posible y de ser posible, restablecerlo a la situación anterior a la violación; y, d) se determina como formas de reparación: restitución del derecho, compensación económica o patrimonial, rehabilitación, satisfacción, garantías de que el hecho no se repita, obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, medidas de reconocimiento, disculpas públicas, prestación de servicios públicos, atención de salud.

A pesar del reconocimiento constitucional y de su considerable ampliación en la legislación ecuatoriana, existen varios aspectos de la reparación integral que no quedan claros, como, por ejemplo, la falta de definiciones que expliquen el significado de reparación integral y el alcance de cada una de las medidas de reparación con las que el juez y las víctimas cuentan para enfrentar las violaciones a los derechos. Por lo anterior, en el presente capítulo se abordará, con mayor profundidad, la responsabilidad como presupuesto de la reparación integral, la naturaleza y el alcance de la reparación integral, los tipos de daños a reparar, las medidas de reparación, quienes son las víctimas a partir de la normativa vigente nacional e internacional, los criterio y principios para el diseño de una adecuada reparación.

A través de la técnica del bloque de constitucional y por los principios de directa e inmediata aplicación (Art. 424 y 11 núm. 3 CRE), el desarrollo del presente capítulo se realizará a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos, particularmente de la jurisprudencia de la Corte IDH con la que tiene importantes coincidencias nuestra legislación.

9.2. La responsabilidad como presupuesto de la reparación integral

El jurista Del Toro Huerta, citando a Brotóns, señala que “el régimen de responsa-

394 Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22-oct-2009

bilidad es la ‘piedra de toque’ de todo ordenamiento jurídico en la que reposa, en gran medida, la eficacia del propio sistema”³⁹⁵, ya que de su determinación dependerá que la vulneración a un derecho -en este caso a un derecho fundamental- no quede sin respuesta, garantizándose así una consecuencia (la reparación) al desconocimiento del derecho (el daño que se ha cometido).

Si bien la doctrina sostiene que la noción de responsabilidad es más propensa a descripción que a definición³⁹⁶, en términos generales, se puede entender a la responsabilidad como:

*“asumir las consecuencias de los hechos o actos propios o ajenos, ilícitos o incluso lícitos que causen daños a terceros. Implica el surgimiento de la obligación de reparar el daño causado a un tercero, determinada por la resolución o declaración de un órgano competente, siendo acreedor de la responsabilidad quien tenga que satisfacer la medida de reparación”*³⁹⁷.

Así, en términos generales, para que existe responsabilidad por la violación a un derecho, en este caso a un derecho fundamental, deben existir los siguientes elementos: a) un hecho o acto ilícito o incluso lícito, que generó la violación a un derecho, b) el daño, y c) una resolución o declaración de responsabilidad a partir del *nexo causal demostrado* entre hecho y el daño³⁹⁸.

La doctrina, suele clasificar a la responsabilidad en dos tipos: contractual y extracontractual. La primera, derivada del incumplimiento de un acuerdo entre partes y la segunda derivada del incumplimiento de las normas constitucionales y de los tratados internacionales³⁹⁹. Así, la responsabilidad por la violación a los derechos fundamentales, entre ellos los DESC, se encuentran en esta segunda forma de

395 Del Toro Huerta Iván Mauricio, La Responsabilidad del Estado en el Marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/342/32.pdf>, Acceso: pág. 663.

396 Aguiar Asdrúbal, La Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de Derechos Humanos, Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1835/13.pdf>, Internet: pág. 120; Del Toro Huerta Iván Mauricio, Op. Cit. pág. 664

397 Rodríguez G., Báez I., Tamalés M., Pulido M., Responsabilidad y Reparación. Un enfoque de Derechos Humanos, Universidad Iberoamericana, México, 2007, pág. 17

398 Cfr. Rodríguez G., Báez I., Tamalés M., Pulido M., Rodríguez G., Báez I., Tamalés M., Pulido M., Responsabilidad y Reparación. Un enfoque de Derechos Humanos, Universidad Iberoamericana, México, 2007, pág. 18

399 Chávez G. y Garcés M. (Edit), El derecho a la reparación en el procesamiento penal, IN-REDH-CEPAM, Cotopaxi-Ecuador, 2000, pág. 39-40.

responsabilidad.

El profesor Claudio Nash explica que la clásica visión iusprivatista de la responsabilidad puso énfasis en el sujeto dañador⁴⁰⁰, dada a necesidad de probar la culpa o dolo del sujeto que daña (responsabilidad subjetiva). En cambio, en el moderno derecho público y en el derecho internacional público, si bien no se pierde de vista al sujeto que cometió la infracción al derecho, el carácter de la responsabilidad ya no es subjetiva sino *objetiva*⁴⁰¹, es decir, no se requiere probar la intención de quien comente el daño. Esto implicará centrar la atención en el daño y la acción u omisión del Estado.

Ahora bien, con la adopción del derecho internacional de los derechos humanos, la responsabilidad de origen internacional, entendido como el principio de Derecho Internacional de que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente⁴⁰² sufre importantes matices.

Como señala Nash, la responsabilidad deja de ser una cuestión de “simples intereses recíprocos entre Estados” y se convierte en una verdadera obligación de reparar que puede ser exigida por los titulares de los derechos, pues se funda en valores superiores como es la protección de las personas⁴⁰³. Por esta razón, la atención se mueve hacia la víctima y el daño a sus derechos, ocasionados por la acción u omisión del Estado⁴⁰⁴.

400 Nash Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (1988 - 2007), Universidad de Chile y otros, Segunda Edición, México, 2009, pág. 10

401 Nash Claudio, Op. Cit., pág. 12. Sobre la evolución de la responsabilidad en Chávez G. y Garcés M. (editoras), *El derecho a la reparación en el procesamiento penal*, INREDH-CE-PAM, Cotopaxi-Ecuador, 2000, pág. 34.

402 Cfr. Caso Fábrica Chorzów (1927), párr. 21 y Cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, *supra*, párr.25.

403 Nash Claudio, Op. Cit, pág. 16-17

404 Preámbulo de la Principios Básicos sobre el Derecho de las Víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones: “Convencida de que, al adoptar un enfoque orientado a las víctimas, la comunidad internacional afirma su solidaridad humana con las víctimas de violaciones del derecho internacional, incluidas las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como con la humanidad en general, de conformidad con los siguientes Principios y directrices básicos,(...)” (Subrayado fuera de texto)

Lo anterior, sin duda tiene eco en el ordenamiento jurídico interno, pues en materia de derechos fundamentales, la responsabilidad y el deber de reparar⁴⁰⁵ encuentran sustento en la declaración de vulneración a un derecho que el Estado estaba obligado a garantizar⁴⁰⁶.

Ahora bien, es importante insistir en que a pesar de que el art. 86 núm. 3 de la CRE y el Art. 63 de la CADH coinciden en que una vez que se ha declarado la violación de un derecho humano surge el deber de reparar, el tipo de *responsabilidad de la que se origina dicho deber es diferente*. La responsabilidad internacional de un Estado no es la misma de la que pudiera originarse a nivel nacional⁴⁰⁷. A continuación se diferencia ambos tipo de responsabilidad:

En el derecho internacional de los derechos humanos, la responsabilidad surge por la violación a una norma de derecho internacional (elemento objetivo), siempre que sea imputable al Estado (elemento subjetivo). En este ámbito, sólo el Estado es el sujeto activo del deber de reparar, bajo ningún presupuesto son los particulares de forma directa, pues el obligado por el derecho internacional es el Estado. Cuando el Estado es responsable por actos de estos últimos, lo será en la medida en que no haya cumplido su deber de protección⁴⁰⁸.

Es importante señalar que en el ámbito de derecho internacional en general existen dos corrientes marcadas sobre la responsabilidad y que se han trasladado al derecho internacional de los derechos humanos: una, que exige probar el daño como un elemento constitutivo de la responsabilidad, tal como lo manifestó la Corte IDH en su primera sentencia⁴⁰⁹; y, la otra, en la que basta con demostrar la violación de la norma internacional imputable al Estado, sin considerar a priori el daño causado. Esta última tendencia está acorde al “Proyecto de Responsabilidad del Estado por

405 Chávez G. y Garcés M. (Edit), El derecho a la reparación en el procesamiento penal, INREDH-CEPAM, Cotopaxi-Ecuador, 2000, pág. 39-40.

406 Art. 3 y 86 núm. 3 de la CRE

407 Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil* Sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 208

408 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, Párrafo 113

409 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25. “Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado “incluso una concepción general de derecho”, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. (...)” (Subrayado fuera de texto)

hechos Internacionalmente ilícitos” aprobado por la Asamblea General del Estado de ONU en 2002 y que a la fecha no ha sido elevado a la categoría de instrumento internacional⁴¹⁰.

Al parecer, aquella segunda línea de responsabilidad, en la que no es necesario demostrar a priori el daño, también ha sido adoptada por la Corte IDH, tendencia impulsada por el juez A.A. Cançado Trindade en sus votos salvados y concurrentes⁴¹¹. Así, desde su sentencia *Suarez Rosero vs. Ecuador*⁴¹² y con mayor claridad en el caso la *Última Tentación de Cristo vs Chile*, se declaró la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de la obligación de adecuar el ordenamiento jurídico a la CADH, antes que por la valoración de los daños que generaron las normas internas cuestionadas.

En todo caso, queda claro que para determinar la responsabilidad internacional por la violación de un derecho humano, es indispensable que: el acto u hecho que haya violado un derecho reconocido en el instrumento internacional, que dicha conducta sea atribuible al Estado a través de una resolución, y, que se demuestre el nexo causal entre la conducta y la violación. Sin perjuicio de la línea de responsabilidad internacional, para quien suscribe la presente disertación, se considera relevante probar el daño a efectos de demostrar la violación y para determinar con certeza el alcance de la reparación integral.

La responsabilidad a nivel nacional por la violación de derechos fundamentales tiene su fundamento en el Art. 86 núm. 3 de la CRE, que establece que “en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral”. Aún, cuando la norma constitucional no habla expresamente sobre la responsabilidad, si lo hace la LOGJCC en su Art. 20: “Declarada la violación del

410 Art. 2 Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

411 Cançado Trindade, *Voto Disiente a la sentencia del Caso El Amparo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párr. 3 y *Voto Concurrente en la sentencia Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo”* (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 20.

412 Cançado Trindade, *Voto Concurrente en la sentencia Caso “La Última Tentación de Cristo”* (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, supra párr. 13

derecho, la jueza o juez deberá declarar en la misma sentencia la responsabilidad del Estado o de la persona particular.”

De lo anterior, ya encontramos importantes diferencias entre la responsabilidad internacional y nacional:

En primer lugar, con respecto a los derechos violados que originan la responsabilidad, el ámbito nacional es más amplio que el internacional. Mientras que en el derecho internacional de los derechos humanos el órgano supranacional que declara la violación solo podrá hacerlo en relación a los derechos sobre los que tenga competencia, como por ejemplo, la Corte IDH sólo puede declarar la violación de los derechos de la CADH o de tratados interamericanos; en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en virtud del Art. 11 núm. 3 (directa aplicación de los instrumentos internacionales) y núm. 7 CRE (clausula abierta), además de los derechos reconocidos en el texto constitucional, las juezas y jueces ecuatorianos podrían declarar directamente la responsabilidad por la violación de derechos contemplados en otros instrumentos internacionales o derivados de la dignidad humana.

En segundo lugar, en cuanto al sujeto a quien puede atribuirse la responsabilidad, también el ámbito nacional es más amplio que el internacional. Mientras que en el derecho internacional de los derechos humanos, la responsabilidad internacional recae exclusivamente sobre el Estado, en el derecho interno puede ser atribuido tanto al Estado como a un particular⁴¹³. Sobre este punto, algunas consideraciones:

El deber de reparar las violaciones provocadas por el **Estado**, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública se encuentra expresamente reconocido en el art. 11 núm. 9 de la CRE. En este sentido el referido artículo señala que Estado será responsable por la deficiencia o la falla en los servicios públicos, o, por cualquier acto u omisión que vulnere derechos, es decir, a modo similar que en el ámbito internacional, por el incumplimiento de sus obligaciones de respeto, adopción de medidas, garantía o protección y no discriminación.

De lo anterior, ni el Art. 11 núm. 9 ni el Art. 86 núm. 3 de la CRE establecen que sea necesario probar dolo o culpa por quien cometió la violación; por el contrario, basta que se haya declarado la violación para que la jueza o juez ordene la reparación integral. Es decir, que la afectada o afectado:

413 Ver Art. 11 núm. 9 y Art. 88 CRE

“(...) no debe probar ni la ilicitud ni la culpabilidad de la conducta estatal, sino únicamente la relación de causalidad entre la actividad estatal dañosa y el perjuicio acontecido (responsabilidad directa y objetiva), pudiendo el Estado únicamente deducir eximentes externos para desvirtuar la relación de causalidad (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de tercero o propia culpa de la víctima)”⁴¹⁴. (Subrayado fuera de texto)

En el caso de los **particulares** que pueden ser responsabilizados por la violación a los derechos fundamentales, lo serán bajo los siguientes supuestos: a) cuando la violación del derecho provoca daño grave, b) si presta servicios públicos impropios, c) si actúa por delegación o concesión, o d) si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación⁴¹⁵. Es decir, que en el caso de particulares que violen derechos fundamentales, es necesario demostrar que concurre alguna de las mencionadas circunstancias.

Ahora bien, es interesante que no se establezca ninguna diferencia en cuanto al tipo de responsabilidad del Estado y de los particulares en la normativa ecuatoriana. Por lo tanto, una violación producida por particulares también corresponde a un tipo de responsabilidad objetiva.

Lo anterior, se confirma con el Art. 20 de la LOGJCC, norma específica sobre responsabilidad por violación a los derechos fundamentales, en la que no se hace distinción entre el tipo de responsabilidad del Estado y de un particular. De igual forma, la responsabilidad objetiva de los particulares se ratifica con el Art. 10 de la LOGJCC, pues en los requisitos para presentar demandas de garantías jurisdiccionales, entre ellas la acción de protección, no se exige incluir pruebas sobre la culpa o dolo de particular. Entre los requisitos pertinentes a este tema se menciona:

“3. La descripción del acto u omisión violatorio del derecho que produjo el daño. Si es posible una relación circunstanciada de los hechos (...)

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.”

Es decir, que se debe probar la existencia del acto u omisión que genera la violación

414 Mogrovejo Diego, La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008, UASB-Ecuador, Revista de Derecho FORO No. 12, Quito, 2009, pág. 83

415 Art. 88 CRE

y del daño que produjo, pero no la intencionalidad del particular que vulneró los derechos.

Por lo tanto, la responsabilidad de un particular, al igual que la del Estado, en el derecho interno es de carácter objetiva. No obstante, sus diferencias se las encuentra sobre todo en el régimen de *presunciones* de los hechos o fundamentos de la violación, establecido en el Art. 86 núm. 3 de la CRE, en concordancia con el art. 16 de la LOGJCC.

En conclusión, en el derecho nacional, a diferencia del derecho internacional de los derechos humanos, la *responsabilidad*: a) se origina por la violación a los derechos fundamentales, en general, y de los derechos sociales, en particular, que están reconocidos en la constitución y también en otros instrumentos de derechos humanos o que se han derivado de la dignidad humana; y, b) es atribuible tanto al Estado como a los particulares bajo determinadas circunstancias. A su vez, al igual que en el ámbito internacional, es necesario demostrar el nexo causal entre los actos u omisiones del sujeto a quien es atribuible la responsabilidad y la violación que provocó daño al titular individual o colectivo de los derechos. Así, la responsabilidad declarada dentro del ordenamiento jurídico interno conlleva la obligación de reparar integralmente el derecho violado.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe reiterar que a pesar de que la reparación integral que se estudia en la presente disertación proviene de la responsabilidad nacional y no de origen internacional, en cuanto al concepto, alcance y medidas de la reparación, éstas se comprenderán conforme al derecho internacional de los derechos humanos, ya que, lo que se interpretará en seguida es la figura de la *reparación* y no la responsabilidad de la que se origina, que ya ha quedado definida y diferenciada.

9.3. Naturaleza de la reparación integral

En primer lugar, la reparación integral es una obligación del Estado que nace de la nueva relación jurídica originada a partir de la declaratoria de responsabilidad⁴¹⁶. Esta obligación, que recae en manos de los jueces y juezas constitucionales⁴¹⁷, con-

416 Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C No. 26, párr. 40

417 Corte Constitucional Ecuatoriana, Sentencia 034-12-SIS-CC, RO: 24 de Julio de 2012, MP: Patricio Pazmiño, pág. 38.

sistente en ordenar, cumplir o hacer cumplir una reparación que responda de forma completa a las víctimas, por las afectaciones y consecuencias que implicó la violación de un DESC; esto, como última expresión de la obligación general de protección que tiene el Estado de brindar recursos idóneos y efectivos a los titulares de los derechos.

Por otro lado, como contrapartida y a la luz de los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (en adelante Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas a obtener reparación), la reparación integral es un *derecho de las víctimas*⁴¹⁸, a recibir un conjunto de medidas de reparación hasta al alcanzar – en la medida de lo “más” posible - la **restitutio in integrum** del derecho violado. A pesar de que sea físicamente imposible echar a tras las manecillas del reloj, aquella es la forma ideal de reparación⁴¹⁹.

Y, por último, la reparación integral es *unprincipio*, ya que a pesar de su considerable desarrollo normativo infra constitucional, no se establece en una regla única de cómo reparar los derechos, sino que, por el contrario, deja abierto un haz de posibilidades a la jueza o juez para que decida y repare de la mejor forma, caso a caso, el o los derechos fundamentales vulnerados.

9.4. Alcance de la reparación integral

A diferencia de los que sucede en una indemnización puramente indemnizatoria, en el que el alcance es “se indemniza el perjuicio, nada más que el perjuicio”⁴²⁰; el alcance de la reparación es mucho más amplio, sin que ello signifique que no es limitable.

La reparación integral, es mucho más amplia que el resarcimiento compensatorio e

418 Preámbulo de los Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas a obtener reparación.

419 Garcías Ramirez Sergio, Reparaciones de fuente internacional por violación de derechos humanos, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/8.pdf>, Acceso: 25/03/2015, pág. 181.

420 Domínguez Ramón, los Límites al principio de reparación integral, Internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200001&script=sci_arttext, Acceso: 27/03/2015

indemnizatorio⁴²¹, predominante en materia civil y, hasta antes del 2008, en materia penal e incluso constitucional. Mientras que en ésta última se limita a la compensación exacta del daño pecuniario sufrido, la reparación integral debe, en suma, reconstruir la dignidad de la persona, mermada por la violación de un derecho fundamental, como son los DESC.

En ese sentido, la reparación integral no se limita al daño material, sino que debe procurar, como lo señala el Art. 86 núm. 3 de la CRE en concordancia con el Art. 18 de la LOGJCC: a) la restitución del derecho, b) la reparación de daños materiales e inmateriales, que incluye el daño al proyecto de vida, y, c) la garantía de que se pueda gozar y disfrutar del derecho vulnerado en el futuro.

Así, la reparación integral “no supone solo el resarcimiento de daños y perjuicios, sino que también implica la búsqueda el restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el que se busca una serie de medidas de justicia restaurativas (...) que propenden por la reivindicación del núcleo esencial derecho o libertad infringido”⁴²².

Lo anterior, no contradice con el límite de la reparación integral que ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH, de que la reparación no debe implicar “ni enriquecimiento ni empobrecimiento” de las víctimas, pues se refiere a un límite en relación a toda la dimensión del derecho violado, que no se reduce al aspecto pecuniario.

Por otro lado, el alcance de la reparación integral tiene que ver con las dimensiones de la reparación: individual y colectiva. Dependiendo de la gravedad de la violación, la sociedad también requerirá un proceso de reparación social⁴²³.

Lo anterior se explica, como señala la profesora Adelina Loiano, se debe a que la

421 Adelina Loiano, Evolución de la Doctrina de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia de reparaciones, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, UNAM, México, 2008, pág. 497

422 Botero Gil Enrique, el Principio de reparación integral en Colombia a la luz del sistema interamericano de derechos humanos en realidades y tendencia del derecho en el siglo XXI, Editorial Temis, Tomo VI, 2010, pag. 625.

423 Gómez Felipe, Derecho a la Reparación y Memoria, en *Derechos Humanos, democracia y Emancipación*, UASB, Quito-ecuador. 2009, pág. 113

reparación sustituye a las obligaciones originales del Estado que ha incumplido⁴²⁴. Esto explica porque la reparación implica exigir al Estado a que corrija su actuación deficiente o violatoria de derechos. De ahí, la importancia de otras medidas diferentes a la indemnización de carácter individual⁴²⁵.

En el caso de los DESC, que en buen parte se los garantizan por la adopción de medidas dirigidas a grupos enteros de personas, como por ejemplo, la prestación de servicios públicos, la dimensión social o colectiva de reparación integral adquiere importancia, pues un caso concreto puede revelar fallas o deficiencias en el cumplimiento de las obligaciones del Estado y que afectan a más personas.

¿Tiene límites la reparación integral? La reparación integral tiene como límite al enriquecimiento indebido, traducido en la fórmula de la Corte IDH: la reparación no debe “ni enriquecer ni empobrecer a la víctima” debe procurar devolverle al estado anterior a la violación, pero no solo en su aspecto material, sino en todas las esferas del derecho.

Por otra parte, la Corte IDH ha sostenido que la reparación no tiene naturaleza punitiva, simplemente compensatoria⁴²⁶. Por lo tanto, las medidas de reparación no pueden implicar una sanción solapada, pues existen procesos pertinentes para el efecto.

Daños

En términos generales, la jurista Polo María Fernanda, explica que el daño puede ser entendido como “todo perjuicio o menoscabo que se infringe a un individuo o a una colectividad, en sus bienes, en su libertad, en su personalidad o en su integridad y que lleva consigo la obligación ineludible de reparación”⁴²⁷.

La definiciones de daño material e inmaterial desarrolladas por la Corte IDH⁴²⁸ han

424 Adelina Loiano, Op. Cit. pág. 497

425 Ídem

426 Cueva Carrión Luis, Reparación Integral y daño al proyecto de Vida, Ediciones Cueva Carrión, Quito- Ecuador, 2015, pág. 63.

427 Polo, María Fernanda, “Reparación Integral en la Justicia Constitucional” en Benavides J. y Escudero Jhoel (coord.) Manual de justicia Constitucional Ecuatoriana, Corte Constitucional del Ecuador, Quito. Ecuador, 2013, pág. 65.

428 Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de fe-

sido acogidas de manera íntegra en el art. 18 de la LOGJCC. Así, por daño material se comprende como la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas (lucro cesante), los gastos efectuados con motivo de los hechos (daño emergente) y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso, para lo cual fijará un monto indemnizatorio.

De igual forma, el daño inmaterial comprende tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima y su familia⁴²⁹.

El Art. 16 de la LOGJCC establece las reglas sobre la prueba del daño dentro de los procesos de garantías jurisdiccionales, entre las que se halla la acción de protección que es el recurso idóneo y efectivo para proteger a los DESC.

En primer lugar, las pruebas pueden ser incluidas por: el afectado, el solicitante, el accionado y el juez. En segundo lugar, estas pruebas se presentan en la demanda, la contestación a la demanda y en audiencia. El referido artículo, señala como regla general que “La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia” y que la excepción es la “inversión de la carga de la prueba”. El inciso final establece dos regímenes de excepciones o de inversión a la carga de a prueba que se debe tener presente:

a) Presunción de violaciones cometidas por entidades públicas

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.

b) Presunción de violaciones por discriminación o a los derechos al medio ambiente

En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos

brero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43; Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, supra nota 8, párr. 298, y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, supra nota 8, párr. 248

429 Art. 18 LOGJCC y Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84; Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, supra nota 8, párr. 305, y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, supra nota 8, párr. 255.

los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza

Además, la doctrina agrega uno, que se deriva de la praxis y está estrechamente relacionado con el literal a y se refiere a aquellas pruebas que están en manos del estado y son indispensables para demostrar el hecho y los daños de las víctimas. Si es más fácil para el Estado:

c) Pruebas a cargo del Estado

¿Existe límite para las presentar pruebas? El único límite que la ley impone para presentar pruebas es lo establecido por el inciso primero Art. 16 en mención: “la jueza o juez sólo podrá negarla cuando la haya calificado de inconstitucional o impertinente”

Víctimas de violación de derechos

Según el art. 9 de la LOGJCC, víctima es toda persona afectada por la vulneración de un derecho. Así, el elemento que define a la víctima es el daño. El profesor Berenstain ha señalado que esta denominación no debe bajo ningún concepto implicar una categoría de estigma⁴³⁰.

La LOGJCC, en concordancia con la doctrina⁴³¹, ha definido que existen dos tipos de víctimas: directas e indirectas. Es decir, el titular del derecho vulnerado, así como sus familiares o dependientes⁴³².

Por otro lado, es importante resaltar que las víctimas de violación de derechos fundamentales no solo son individuos, sino también pueden ser colectivos en razón a la amplia titularidad de derechos reconocida en el art. 10 de la CRE.

430 Beristain Carlos, Diálogos sobre la Reparación, Ministerio de Justicia, Quito- Ecuador, 2009, pág.18

431 Principio 8

432 Escudero Jhoel, Reconocimiento Constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador, Manual de Justicia constitucional ecuatoriana, Op. Cit. pág. 276

Medidas de la reparación integral

La reparación está orientada, en principio y como regla general, a la restitución in integrum, es decir, restablece el goce y ejercicio del derecho conculcado⁴³³. Para este efecto es necesario que el derecho esté en condiciones de ser restituido, es decir, cuando no se ha aniquilado o desnaturalizado al derecho⁴³⁴; caso contrario, se aplican modos de reparación sustitutivo.

Como enseña el profesor Bereintein, las medidas de reparación deben tener un fuerte componente de dignificación de las víctimas⁴³⁵, por ese motivo, la pretensión de la víctima debe ser necesariamente tomada en cuenta para la formulación de la reparación⁴³⁶.

A partir de la jurisprudencia de la Corte IDH, la doctrina identifica cinco tipos de medidas de reparación: a) la restitución b) la indemnización c) la rehabilitación d) medidas de satisfacción e) garantías de no repetición⁴³⁷.

Otra forma de clasificar a las medidas de reparación ha sido por la posibilidad de restitución de derecho al estado anterior de la violación. Así, se encuentran medidas de reparación en reparaciones estricto sensu (restitución) o reparaciones sustitutivas (indemnización, medidas de satisfacción, la rehabilitación, garantías de no repetición)⁴³⁸

Una última forma de clasificar a las medidas es por el carácter individual o colectivo de la reparación⁴³⁹. En las primeras se encuentran las medidas de destitución, indemnización y rehabilitación, mientras que en las segundas son las medidas de

433 Loianno Adelina, Op. Cit. pág. 493.

434 Ídem 505

435 Beristain Carlos, Op. Cit. 173.

436 Art. 18 LOGJCC

437 Gil Botero, Enrique, op.cit. pág. 62; Polo, María Fernanda, “Reparación Integral en la Justicia Constitucional”, pág. 70; Loianno, Adelina, op.cit. pág. 504 – 518; Escudero Soliz, Jhoel, op.cit. pág. 276-278.

438 Loianno, Adelina, op.cit. pág.505-406.

439 Sierra Porto, Humberto A., “La Función de la Corte Constitucional en la Protección de los Derechos de la Víctimas a la Verdad, la Justicia y la Reparación en Colombia”, en la obra Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009”, Año XV, Montevideo, 2009, pág. 182.

satisfacción y no repetición.

Para efectos de la presente disertación, se empeará la utilizada por la Corte IDH y que ha sido acogida en nuestra legislación:

a) *Medidas de restitución*

La restitución es la primera forma de reparación que el juez constitucional debe procurar. También conocida como *restitutio in integrum*, restitución in natura o restablecimiento statu quo ante⁴⁴⁰.

Según los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas obtener reparaciones⁴⁴¹, la restitución implica devolver a la víctima a la situación anterior a la violación. En ese mismo sentido lo ha entendido la Corte IDH a partir del análisis del Art. 63 inciso 1 de la CADH:

*244. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. (...)*⁴⁴²

No obstante, si la situación anterior a la violación constituye un cuadro de violación de derechos humanos, por el principio pro homine y de cumplimiento progresivo de los derechos, la jueza o juez debería restituir en mejores condiciones el derecho. Esto, no constituiría una violación al límite de “no empobrecimiento ni enriquecimiento”, sino una corrección a la falta de cumplimiento de las obligaciones de adoptar medidas y garantizar los derechos por parte del Estado.

b) *La indemnización*

La Corte IDH había señalado que es la forma más usual de reparar, pero no la única, en su esfuerzo de diferenciarla de la reparación integral⁴⁴³. Esta medida es

440 Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas), párr. 13; Polo Cabezas, María Fernanda, Op. Cit. Pág. 70-71.

441 Principio 19

442 Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional (camba campos y otros) vs. Ecuador Sentencia de 28 de agosto de 2013 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 244.

443 Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras Sentencia de 21 de julio de 1989 (Reparaciones y Costas), párr. 26

una medida de compensación pecuniaria o económica daños materiales como morales⁴⁴⁴. Esta medida es de carácter individual, debido a que beneficia de forma exclusiva a las víctimas

Para el cálculo de las indemnizaciones por daño material, la Corte IDH ha determinado que la base del cálculo del lucro secante se tome en cuenta los ingresos dejados de percibir y la expectativa de vida, y, otros casos, cuando no se conoce con certeza el monto que percibían las víctimas, toma como base el salario mínimo. Para los daños del daño emergente, compensa los gastos acreditados.

En cambio, para la compensación derivada de daño moral, a pesar de que no existen fórmulas preestablecidas la Corte IDH ha fijado el monto en equidad, conforme a las circunstancias del caso⁴⁴⁵.

Ahora bien, la forma de tratar la indemnización en el art. 18 inc. 3 de la LOGJCC es cuestionable, pues incorpora un proceso adicional no contemplado en la CRE, a saber, un proceso de trámite verbal sumario o un proceso ante el Tribunal Contencioso⁴⁴⁶ si el responsable de la violación es un particular o el Estado, respectivamente. Esto, además de establecer un requisito no previsto en la Constitución pone en duda la eficacia y rapidez que debe caracterizar a la reparación⁴⁴⁷.

c) Medidas de rehabilitación

Según los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas obtener reparaciones⁴⁴⁸ las medidas de satisfacción implican la atención médica y psicológica de la víctima. La Corte IDH ha establecido que los Estados deben ofrecer gratuitamente los servicios de atención médica⁴⁴⁹. El objetivo, es que las víctimas

444 Principio 20 de los Principios y directrices del derecho de las víctimas a obtener reparación.

445 Cfr. Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas), párr. 51.; Cfr. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párr. 53

446 Polo Maria Fernanda, Op. Cit. pág. 78

447 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 012-10-SIS-CC, MP: Ruth Seni Pinargoti, RO: 6 de octubre el 2010, pág. 58.

448 Principio 21

449 Cfr. Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala (Reparaciones) Sentencia de 19 de noviembre de 2004, párr. 106.

“tengan una satisfactoria readaptación a la sociedad”⁴⁵⁰ y vuelva a contar con las capacidades físicas, emocionales y psicológicas con las que contaban antes de las violaciones.

d) *Medidas de satisfacción*

Estas formas de reparación tienen como finalidad reparar el daño inmaterial que no tiene alcance pecuniario:

“(...) buscan reparar el daño inmaterial, que no tienen alcance pecuniario, así como también dispondrá medidas de alcance o repercusión pública¹⁰⁸. Estas medidas tienen especial relevancia en el presente caso por la extrema gravedad de los hechos y el carácter colectivo de los daños ocasionados”⁴⁵¹.

Dentro de estas medidas, la Corte IDH ha adoptado medidas como el reconocimiento público de su responsabilidad, monumentos, actos conmemorativos, entre otros⁴⁵².

e) *Garantías de no repetición*

Esta forma de reparación, está estrechamente relacionada con la obligación de adoptar medidas (legislativas y de otro carácter) por parte del Estado, pues compromete al Estado a que se adopten medidas para que en el futuro no vuelva a ocurrir los hechos⁴⁵³. De hecho “es su deber [del Estado] poner fin a las violaciones y al a corrupción que pudiera facilitarlas”⁴⁵⁴.

Así, las garantías de no repetición están orientadas a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de las violaciones a sus derechos. Tienen impacto colectivo ya que “imponer una reparación sin comprometer al Estado a evitar su repetición-la violación

450 Polo, María Fernanda, “Reparación Integral en la Justicia Constitucional” en Benavides J. y Escudero Jhoel (coord.) Manual de justicia Constitucional Ecuatoriana, Corte Constitucional del Ecuador, Quito. Ecuador, 2013, pág. 72

451 Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname Sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas), párr. 201

452 GIL, Botero, Enrique, OP. Cit. Pág. 626.

453 Adelina Loiana Op. Cit. pág. 499

454 Polo María Fernanda, op. Cit pag. 73

de derecho-futura⁴⁵⁵ es insuficiente.

En varias ocasiones la Corte IDH ha tratado conjuntamente las medidas de satisfacción y de no repetición, pues implican que le Estado adopte medidas positivas. Como ejemplos de estas medidas son: derogación de leyes, adelanto de investigaciones, capacitación a funcionarios públicos⁴⁵⁶.

455 *Ibidem*

456 Gil Botero, Enrique, OP. Cit. Pág. 626.

Bibliografía

Fuentes normativa

• **Instrumentos internacionales**

- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo- OIT.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos.
- Declaración y Programa de Acción de Viena.
- Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.
- Principio 3 de la Declaración de Principios Sobre Libertad de Expresión de la Organización de Estado Americanos.

• **Instrumentos Nacionales**

- Código de Procedimiento civil, Publicada en el Registro Oficial Suplemento 58 de fecha 12 de julio de 2015.
- Constitución de la República del Ecuador, Publicada en el Registro Oficial 449 de fecha 20 de octubre de 2008.
- Constitución Política del Ecuador, Publicada en el Registro Oficial 1 de fecha 11 de agosto de 1998.

- El Código Orgánico Integral Penal, Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de fecha 10 de febrero de 2014.
- Ley de Control Constitucional, Publicada en el Registro Oficial 99 de fecha 2 de julio de 1997
- Ley de Modernización del Estado, Publicada en el Registro Oficial 349 de fecha 31 de diciembre de 1993.
- Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, Publicada en el Registro Oficial Suplemento 162 de fecha 31 de marzo de 2010.
- Ley Orgánica de Comunicación, Publicada en el Registro Oficial Suplemento 22 de fecha 25 de junio de 2013.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Publicada en el Registro Oficial Suplemento 52 de fecha 22 de octubre de 2009.
- Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, Publicada en el Registro Oficial Suplemento 283 de fecha 07 de julio de 2014.
- Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en el Registro Oficial Suplemento 337 de fecha 18 de mayo de 2004.
- Decreto Ejecutivo No. 74, de fecha 15 de agosto de 2013.
- Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, Publicadas en el Registro Oficial No. 466 del jueves 13 de noviembre del 2008.

Sentencias y Resoluciones

• Sistema Universal

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Observación General No. 3, 1990.

• Sistema interamericano

- Caso Eduardo Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.
- CIDH, INFORME No. 141/10, Petición 247-07, Admisibilidad, Caso Luis Eduardo Guachalá Chimbó, ECUADOR
- Corte IDH Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- Corte IDH Loayza Tamayo Vs. Perú, Sentencia de reparaciones y costas de 27 de noviembre de 1998, Serie C No. 42.

- Corte IDH XimenesLopes vs. Brasil, Sentencia de 4 de Julio de 2006. Serie C No. 149.
- Corte IDH, Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011.
- Corte IDH, Caso Perozo y otros vs Venezuela Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 19
- Corte IDH, Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (Sentencia de 17 de junio de 2005 Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-6/86 del 9 de Mayo de 1986, La Expresión “Leyes” En El Artículo 30 de La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Solicitada Por El Gobierno De La República Oriental Del Uruguay
- Corte IDH. Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.
- Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202
- Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Serie C No. 97
- Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
- Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134
- Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110
- Corte IDH. Caso Gutiérrez y Familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271
- Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107
- Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90
- Corte IDH. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103
- Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4 Corte IDH, Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-GregorPoisot a la sentencia de la Corte Interamericana

de Derechos Humanos en el caso Suárez Peralta vs. Ecuador, de 21 de mayo de 2013.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9
- **Sistema Europeo**
 - Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Airey vs. Irlanda, Sentencia del 9 de octubre de 1979, Serie A, No. 32.
- **Decisiones Nacionales**
 - Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0003-09-AI
 - Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N° 055-10-SEP-CC
 - Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 182-12-SEP-CC Corte Constitucional del Ecuador , Sentencia 001-14-PJO-CC
 - Corte Constitucional del Ecuador , Sentencia No. 001-12-PJO-CC
 - Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, Resolución No. 1103-2007-RA
 - Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 001-14-DCR-CC.
 - Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 004-13-SAN-CC
 - Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N. 0 001-10-SIN-CC
 - Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 001-10-PJO-CC
 - Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 004-13-SAN-CC
 - Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 009-09-SEP-CC
 - Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 020-09-SEP-CC
 - Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 113-14-SEP-CC
 - Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Resolución No. 1103-2007-RA
 - Juzgado Segundo de Inquilinato y Relaciones Vecinales de Pichincha, Caso

17402-2011-0842, sentencia del 16 de septiembre de 2011.

- Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito y del Tribunal Constitucional, Resolución No. 0371-04-RA
- Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Pichincha, Caso17132-2011-0926, Sentencia del 8 de noviembre de 2011.
- Segunda Sala del Tribunal Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0012-2006-AI
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia de jurisprudencia vinculante No. 001-14-PJO-CC
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 182-15-SEP-CC,
- Tribunal Constitucional de Ecuador, Resolución No. 0054-03-RA
- Tribunal Constitucional de Ecuador, Resolución No. 0994-04-RA.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Sentencia 0040-2007-TC
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 140-2003-RA

• **Resoluciones de Otros Tribunales o Cortes Nacionales**

- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-983/03,
- Corte Suprema de Justicia de la India, en el caso Municipal Council Ratlam vs. Vardhichand and others de 1980.
- Tribunal Constitucional de Sudáfrica, caso “The Government of the Republic of South Africa and others vs. Grootboom, Irene and others” del año 2000.

Doctrina

• **Publicaciones**

- ABRAMOVICH Victor y COURTIS Chistian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Segunda Edición, Madrid, 2004
- ALEXY Robert Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda edición, Madrid, 2008
- ÁVILA Ramiro, Del amparo a la acción de protección jurisdiccional, en Martínez Dunia (Ed.) Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana, Corte Constitucional para el periodo de Transición, Quito-Ecuador, 2012
- ÁVILA Ramiro, Santamaría (coord.), Los Derechos Sociales. Del acceso a la información a la justicibilidad, Quito, Centro de Derechos Humanos/ Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007
- ÁVILA y ACOSTA, Amicus curie presentado ante la Corte Constitucional en el caso No. 001-14-RC.

- BERNAL Pulido, Carlos, El derecho de los derechos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- CHÁVEZ G. y GARCÉS M. (editoras), El derecho a la reparación en el procesamiento penal, INREDH-CEPAM, Cotopaxi-Ecuador.
- CIDH, Acceso a la Justicia Para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 2007.
- CIDH, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Washington D.C., OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, de 7 septiembre 2007.
- CIDH, Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, vol.2.
- CIDH, Informe sobre la Acción de Habeas Data y el Derecho de Acceso a la Información en el Hemisferio, 2001, capítulo III, párr. 14 y 15; CIDH, Informe sobre El Derecho de acceso a la información en el Marco Jurídico Interamericano, 2009
- CIDH, Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, Informe 2010.
- CIDH, Segundo Informe sobre Situación de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012)
- CORDERO Heredia David, La letra pequeña del contrato social, Abya Yala, Quito, 2015.
- Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997
- DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, Barcelona, Ariel, 2002
- ENTERRÍA Eduardo, La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1981
- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del Galantismo Penal, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Editorial Trotta, 2004
- FERRAJOLI, Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 2001.
- GARGARELLA, Roberto, Teoría y crítica del derecho constitucional, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009
- KRAMER, Larry, The people Thensevles Popular Constitutionalism an Judicial Review, Oxford University Press, New York, 2004

- NASH Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (1988 - 2007), Universidad de Chile y otros, Segunda Edición, México, 2009
- NASH y STORINI, “La acción de protección en el Ecuador. Realidad jurídica y social”, Corte Constitucional del Ecuador y Centro de estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Ecuador 2013
- OYARTE Rafael, “La acción de amparo constitucional”
- PASARA, Luis, *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*, Fundación para el Debido Proceso; Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad; Instituto de Defensa Legal, 2014
- PISARELO Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para un reconstrucción*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, pág. 123.
- PRIETO Sanchis, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en Carbonell Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismos*, Editorial Trotta, Segunda Edición, Madrid, 2005
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo Subsecretaría de Planificación Nacional Territorial y Políticas Públicas, *Guía para la formulación de políticas públicas sectoriales*, Quito, 2011
- TARROW Sidney G., *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, Alianza Editorial, Tercera Edición, Madrid, 2012

• **Sitios Web**

- Defensoría del Pueblo en su página web (<http://www.defensoria.gob.ec/>)
- Diario EL COMERCIO en la siguiente dirección: <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/firmas-recolectadas-yasunidos-no-alcanzan.html>. Acceso: 10/08/2015.
- El Comercio, <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/nina-pacari-corte-se-encargo.html>, visita: 25/09/2015.
- http://www.eluniverso.com/sites/default/files/archivos/2015/06/carta_p_pazmino_vf.pdf , visita: 25/09/2015.
- <http://www.uasb.edu.ec/web/observatorio-de-justicia-constitucional-del-ecuador/inicio>
- *La Acción Extraordinaria de Protección. Eficacia y efectividad en el orden garantista*”. Patricio Pazmiño Freire, disponible en: https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/ponencia_integra.pdf
- PLAN V, revista Digital, “Los Blancos de la Inteligencia”, 30 de mayo del 2015, disponible en: <http://www.planv.com.ec/investigacion/investiga->

cion/blancos-la-inteligencia

- SALMON Carlos, Régimen Procesal del Habeas data en el Ecuador, disponible en <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/24-regimen-procesal-del-habeas.pdf>

Otros documentos

- Memorando Circular No. 3524-UCD-2012 en el que el Ab. Diego Zambrano, Coordinador de la Unidad de Control Disciplinario dispone a los Directores Provinciales del Consejo de la Judicatura.
- Oficio Circular al Consejo de la Judicatura (No. T1.C1-SNJ-10-1689) de fecha 18 de noviembre de 2010.

Anexos

Normas Citadas

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

**LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES
Y CONTROL CONSTITUCIONAL**

**LEY ORGÁNICA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO
A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

TÍTULO I

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.
2. Garantizar y defender la soberanía nacional.
3. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad.
4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico.
5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir.
6. Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización.
7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país.
8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.

TÍTULO II DERECHOS

CAPÍTULO I PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS

Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.
2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

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 ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

3. 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.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales 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 desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.
5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.
6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.
7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos 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.
8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.
9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

TÍTULO III GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Capítulo III Garantías jurisdiccionales

Sección primera Disposiciones comunes

Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.
2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:
 - a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias.
 - b) Serán hábiles todos los días y horas.
 - c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.
 - d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.
 - e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.
3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.
Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.
4. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores

públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.

5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia.

Art. 87.- 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.

Sección segunda

Acción de protección

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.

Sección tercera

Acción de hábeas corpus

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.

Inmediatamente de interpuesta la acción, la jueza o juez convocará a una audiencia que deberá realizarse en las veinticuatro horas siguientes, en la que se deberá presentar la orden de detención con las formalidades de ley y las justificaciones de hecho y de derecho que sustenten la medida. La jueza o juez ordenará la comparecencia de la persona privada de libertad, de la autoridad a cuya orden se encuentre la persona detenida, de la defensora o defensor público y de quien la haya dispuesto o provocado, según el caso. De ser necesario, la audiencia se realizará en el lugar donde ocurra la privación de libertad.

La jueza o juez resolverá dentro de las veinticuatro horas siguientes a la finalización de la audiencia. En caso de privación ilegítima o arbitraria, se dispondrá la libertad. La resolución que ordene la libertad se cumplirá de forma inmediata.

En caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad cuando fuera aplicable.

Cuando la orden de privación de la libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, el recurso se interpondrá ante la Corte Provincial de Justicia.

Art. 90.- Cuando se desconozca el lugar de la privación de libertad y existan indicios sobre la intervención de algún funcionario público o cualquier otro agente del Estado, o de personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia, la jueza o juez deberá convocar a audiencia al máximo representante de la Policía Nacional y al ministro competente. Después de escucharlos, se adoptarán las medidas necesarias para ubicar a la persona y a los responsables de la privación de libertad.

Sección cuarta

Acción de acceso a la información pública

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.

Sección quinta

Acción de hábeas data

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, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.

Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley.

La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.

Sección sexta

Acción por incumplimiento

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.

Sección séptima

Acción extraordinaria de protección

Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. 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.

TITULO IV

PARTICIPACIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL PODER

Capítulo I

Participación en democracia

Sección segunda

Organización colectiva

Art. 98.- Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.

TÍTULO IX SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

CAPÍTULO I PRINCIPIOS

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 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.

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

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

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumen-

tos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integridad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Art. 428.- 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.

CAPÍTULO II CORTE CONSTITUCIONAL

Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.

Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.

Art. 430.- La Corte Constitucional gozará de autonomía administrativa y financiera. La ley determinará su organización, funcionamiento y los procedimientos para el cumplimiento de sus atribuciones.

Art. 431.- Los miembros de la Corte Constitucional no estarán sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen. No obstante, estarán sometidos a los mismos controles que el resto de autoridades públicas y responderán por los demás actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones.

Sin perjuicio de la responsabilidad civil, en caso de responsabilidad penal únicamente serán acusados por la Fiscal o el Fiscal General de la Nación y juzgados por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, para cuyo efecto se requerirá el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes.

Su destitución será decidida por las dos terceras partes de los integrantes de la Corte Constitucional. El procedimiento, los requisitos y las causas se determinarán en la ley.

Art. 432.- La Corte Constitucional estará integrada por nueve miembros que ejercerán sus funciones en plenario y en salas de acuerdo con la ley. Desempeñarán sus cargos por un periodo de nueve años, sin reelección inmediata y serán renovados por tercios cada tres años.

La ley determinará el mecanismo de reemplazo en caso de ausencia del titular.

Art. 433.- Para ser designado miembro de la Corte Constitucional se requerirá:

1. Ser ecuatoriana o ecuatoriano y encontrarse en ejercicio de sus derechos políticos.
2. Tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país.
3. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años.
4. Demostrar probidad y ética.
5. No pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político.

La ley determinará el procedimiento para acreditar estos requisitos.

Art. 434.- Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres.

El procedimiento, plazos y demás elementos de selección y calificación serán determinados por la ley.

Art. 435.- La Corte Constitucional elegirá de entre sus miembros, a una Presidenta o Presidente y a una Vicepresidenta o Vicepresidente, quienes desempeñarán sus funciones durante tres años, y no podrán ser reelegidos de forma inmediata. La Presidenta o Presidente ejercerá la representación legal de la Corte Constitucional.

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.
2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.
3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.
4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.
5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.
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.
7. Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución.
8. Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de

derechos constitucionales.

9. Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.
10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.

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 ejecutoriados.
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.

Art. 438.- La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley:

1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.
2. Convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados.
3. Objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.

Art. 439.- Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente.

Art. 440.- Las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables.

LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

TÍTULO I

NORMAS GENERALES

Art. 1.- Objeto y finalidad de la ley.- Esta ley tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.

Art. 2.- Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento:

1. Principio de aplicación más favorable a los derechos.- Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona.
2. Optimización de los principios constitucionales.- La creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales.
3. Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.
4. Obligatoriedad de administrar justicia constitucional.- No se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica.

Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.
 2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.
 3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.
 4. Interpretación evolutiva o dinámica.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.
 5. Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.
 6. Interpretación teleológica.- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.
 7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.
 8. Otros métodos de interpretación.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.
- Art. 4.- Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

1. Debido proceso.- En todo procedimiento constitucional se respetarán las normas del debido proceso prescritas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.
2. Aplicación directa de la Constitución.- Los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor

público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

3. Gratuidad de la justicia constitucional.- El acceso y el servicio de la administración de justicia constitucional es gratuito, sin perjuicio de la condena en costas y de los gastos procesales a que hubiere lugar de conformidad con el reglamento que la Corte Constitucional dicte para el efecto.
4. Inicio por demanda de parte.- Salvo norma expresa en contrario, los procesos se inician por demanda de parte.
5. Impulso de oficio.- La jueza o juez tiene el deber de impulsar de oficio los procesos constitucionales hasta llegar a su conclusión, salvo en los casos expresamente señalados en esta ley.
6. Dirección del proceso.- La jueza o juez deberá dirigir los procesos de forma activa, controlará la actividad de los participantes y evitará las dilaciones innecesarias. En función de este principio, la jueza o juez podrá interrumpir a los intervinientes para solicitar aclaraciones o repreguntar, determinar el objeto de las acciones, encauzar el debate y demás acciones correctivas, prolongar o acortar la duración de la audiencia.
7. Formalidad condicionada.- La jueza o juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.
8. Doble instancia.- Los procesos constitucionales tienen dos instancias, salvo norma expresa en contrario.
9. Motivación.- La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso.
10. Comprensión efectiva.- Con la finalidad de acercar la comprensión efectiva de sus resoluciones a la ciudadanía, la jueza o juez deberá redactar sus sentencias de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética, incluyendo las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento seguido para tomar la decisión que adopte.
11. Economía procesal.- En virtud de este principio, la jueza o juez tendrá en cuenta las siguientes reglas:
 - a) Concentración.- Reunir la mayor cantidad posible de cuestiones debatidas, en el menor número posible de actuaciones y providencias. La jueza o juez deberá atender simultáneamente la mayor cantidad de etapas procesales.
 - b) Celeridad.- Limitar el proceso a las etapas, plazos y términos previstos en la ley, evitando dilaciones innecesarias.

- c) Saneamiento.- Las situaciones o actuaciones afectadas por la omisión de formalidades pueden ser convalidadas por la parte en cuyo favor se establecen.
12. Publicidad.- Los procedimientos previstos en esta ley serán públicos, sin perjuicio de las medidas especiales que tome la jueza o juez para preservar la intimidad de las personas o la seguridad del Estado.
13. Iura novit curia.- La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.
14. Subsidiaridad.- Se tomarán en cuenta los demás principios procesales establecidos en la legislación ordinaria, en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del control constitucional.

Art. 5.- Modulación de los efectos de las sentencias.- Las juezas y jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, regularán los efectos en el tiempo, la materia y el espacio de sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional.

TÍTULO II

GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO I

NORMAS COMUNES

Art. 6.- Finalidad de las garantías.- Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho.

Salvo los casos en que esta ley dispone lo contrario, la acción de protección, el hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, la acción por incumplimiento, la acción extraordinaria de protección y la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, se regulan de conformidad con este capítulo.

Art. 7.- Competencia.- Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia

del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere varias juezas o jueces competentes, la demanda se sorteará entre ellos. Estas acciones serán sorteadas de modo adecuado, preferente e inmediato. En caso de que se presente la demanda oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal. En las acciones de hábeas data y acceso a la información pública, se estará a lo dispuesto en esta ley.

La jueza o juez que deba conocer las acciones previstas en este título no podrá inhibirse, sin perjuicio de la excusa a que hubiere lugar.

La jueza o juez que sea incompetente en razón del territorio o los grados, inadmitirá la acción en su primera providencia.

La jueza o juez de turno será competente cuando se presente una acción en días feriados o fuera del horario de atención de los otros juzgados.

Art. 8.- Normas comunes a todo procedimiento.- Serán aplicables las siguientes normas:

1. El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz.
2. El procedimiento será oral en todas sus fases e instancias. La audiencia deberá registrarse por cualquier medio que esté al alcance de la jueza o juez, de preferencia grabación magnetofónica. Donde existan sistemas informáticos se deberá tener un expediente electrónico, salvo documentos que constituyan elementos de prueba y las siguientes actuaciones que deberán reducirse a escrito:
 - a. La demanda de la garantía específica.
 - b. La calificación de la demanda.
 - c. La contestación a la demanda.
 - d. La sentencia o el auto que aprueba el acuerdo reparatorio.
3. Serán hábiles todos los días y horas.
4. Las notificaciones se harán por los medios más eficaces que estén al alcance de la jueza o juez, de la persona legitimada activa y de la persona, entidad u órgano responsable del acto u omisión. De ser posible se preferirán medios electrónicos.
5. No serán aplicables las normas procesales ni aceptables los incidentes que tiendan a retardar el ágil despacho de la causa.
6. Un mismo afectado no podrá presentar más de una vez la demanda de violación de derechos contra las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones,

y con la misma pretensión.

7. No se requerirá el patrocinio de una abogada o abogado para proponer la acción ni para apelar. De ser necesario o cuando la persona lo solicite, la jueza o juez deberá asignar al accionante o persona afectada un defensor público, un abogado de la Defensoría del Pueblo o un asistente legal comunitario según lo que establece el Código Orgánico de la Función Judicial.
8. Los autos de inadmisión y las sentencias son apelables ante la Corte Provincial.

Art. 9.- Legitimación activa.- Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas:

- a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y,
- b) Por el Defensor del Pueblo.

Se consideran personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño. Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce.

En el caso de las acciones de hábeas corpus y extraordinaria de protección, se estará a las reglas específicas de legitimación que contiene esta ley.

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.

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.

Art. 11.- Comparecencia de la persona afectada.- Cuando la acción haya sido presentada por interpuesta persona, la jueza o juez deberá notificar a la persona afectada. Esta podrá comparecer en cualquier momento, modificar la demanda, desistir de la acción o deducir los recursos de ley aunque no haya comparecido antes.

Art. 12.- Comparecencia de terceros.- Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de amicus curiae que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado.

Podrán también intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del accionado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivare la acción constitucional.

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.

Art. 14.- Audiencia.- La audiencia pública se llevará a cabo bajo la dirección de la jueza o juez, el día y hora señalado. Podrán intervenir tanto la persona afectada como la accionante, cuando no fueren la misma persona. La jueza o juez podrá escuchar a otras personas o instituciones, para mejor resolver. La audiencia comenzará con la intervención de la persona accionante o afectada y demostrará, de ser posible, el daño y los fundamentos de la acción; posteriormente intervendrá la persona o entidad accionada, que deberá contestar exclusivamente los fundamentos de la acción. Tanto la persona accionante como la accionada tendrán derecho a la réplica; la última intervención estará a cargo del accionante. El accionante y la persona afectada tendrán hasta veinte minutos para intervenir y diez minutos para replicar; de igual modo, las entidades o personas accionadas, tendrán derecho al mismo tiempo. Si son terceros interesados, y la jueza o el juez lo autoriza, tendrán derecho a intervenir diez minutos.

La jueza o juez deberá hacer las preguntas que crea necesarias para resolver el caso, controlar la actividad de los participantes y evitar dilaciones innecesarias.

La audiencia terminará sólo cuando la jueza o juez se forme criterio sobre la violación de los derechos y dictará sentencia en forma verbal en la misma audiencia, expresando exclusivamente su decisión sobre el caso. La jueza o juez, si lo creyere necesario para la práctica de pruebas, podrá suspender la audiencia y señalar una nueva fecha y hora para continuarla.

La ausencia de la persona, institución u órgano accionado no impedirá que la audiencia se realice. La ausencia de la persona accionante o afectada podrá considerarse como desistimiento, de conformidad con el artículo siguiente. Si la presencia de la persona afectada no es indispensable para probar el daño, la audiencia se llevará a cabo con la presencia del accionante.

Art. 15.- Terminación del procedimiento.- El proceso podrá terminar mediante auto definitivo, que declare el desistimiento o apruebe el allanamiento, o mediante sentencia.

1. Desistimiento.- La persona afectada podrá desistir de la acción en cualquier mo-

mento por razones de carácter personal que serán valoradas por la jueza o juez. Se considerará desistimiento tácito cuando la persona afectada no compareciere a la audiencia sin justa causa y su presencia fuere indispensable para demostrar el daño. En caso de desistimiento el expediente será archivado.

2. Allanamiento.- En cualquier momento del procedimiento, hasta antes de la expedición de la sentencia, la persona o institución accionada podrá allanarse. El allanamiento podrá ser total o parcial. En ambos casos, la jueza o juez declarará la violación del derecho y la forma de reparar la violación. En caso de allanamiento parcial, el procedimiento continuará en lo que no hubiere acuerdo. El acuerdo reparatorio, que será aprobado mediante auto definitivo, procederá en los casos en que exista allanamiento por parte de la persona o institución accionada; éstas y la persona afectada podrán llegar a un acuerdo sobre las formas y modos de reparación.

No se podrá apelar el auto definitivo que aprueba el allanamiento y acuerdo reparatorio.

En ningún caso la jueza o juez aceptará el desistimiento, allanamiento o acuerdo reparatorio que implique afectación a derechos irrenunciables o acuerdos manifiestamente injustos.

3. Sentencia.- Cuando la jueza o juez se forme criterio, dictará sentencia en la misma audiencia, y la notificará por escrito dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

Art. 16.- Pruebas.- La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba. La recepción de pruebas se hará únicamente en audiencia y la jueza o juez sólo podrá negarla cuando la haya calificado de inconstitucional o impertinente.

En la calificación de la demanda o en la audiencia, la jueza o juez podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas, sin que por ello se afecte el debido proceso o se dilate sin justificación la resolución del caso. Cuando la jueza o juez ordene la práctica de pruebas en audiencia, deberá establecer el término en el cual se practicarán, que no será mayor de ocho días y por una sola vez. Por excepción, la jueza o juez podrá ampliar de manera justificada este término exclusivamente por la complejidad de las pruebas y hasta cuando éstas sean practicadas. En caso de ser injustificada la ampliación o de retardar en exceso la resolución de la causa, se considerará como falta grave y se aplicará la sanción correspondiente, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial.

La comisión para recabar pruebas podrá ser unipersonal o pluripersonal, para que realice una visita al lugar de los hechos, recoja versiones sobre los hechos y las evidencias pertinentes y elabore un informe que tendrá el valor de prueba practicada.

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 los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza.

Art. 17.- Contenido de la sentencia.- La sentencia deberá contener al menos:

1. Antecedentes: La identificación de la persona afectada y de la accionante, de no ser la misma persona; la identificación de la autoridad, órgano o persona natural o jurídica contra cuyos actos u omisiones se ha interpuesto la acción.
2. Fundamentos de hecho: La relación de los hechos probados relevantes para la resolución.
3. Fundamentos de derecho: La argumentación jurídica que sustente la resolución.
4. Resolución: La declaración de violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar.

De no encontrar violación de ningún derecho, la jueza o juez deberá cumplir con los elementos anteriores en lo que fuere aplicable.

Art. 18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o

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

En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente.

La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días.

Nota: En ejercicio de la competencia establecida en el artículo 436 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 19, frase final, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, referente a: “De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes”, por la frase “Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite”. En consecuencia, el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispondrá:

Art. 19.- Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite. [Reformado mediante sentencia de la Corte Constitucional]

Art. 20.- Responsabilidad y repetición.- Declarada la violación del derecho, la jueza o juez deberá declarar en la misma sentencia la responsabilidad del Estado o de la persona particular.

En el caso de la responsabilidad estatal, la jueza o juez deberá remitir el expediente a la máxima autoridad de la entidad responsable para que inicie las acciones administrativas correspondientes, y a la Fiscalía General del Estado en caso de que de la violación de los derechos declarada judicialmente se desprenda la existencia de una conducta tipificada como delito. Si no se conociere la identidad de la persona o personas que provocaron la violación, la jueza o juez deberá remitir el expediente a la máxima autoridad de la entidad pública para que determine sus identidades.

Art. 21.- Cumplimiento.- La jueza o juez deberá emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia o el acuerdo reparatorio, incluso podrá disponer la intervención de la Policía Nacional.

Durante esta fase de cumplimiento, la jueza o juez podrá expedir autos para ejecutar integralmente la sentencia e incluso podrá evaluar el impacto de las medidas de reparación en las víctimas y sus familiares; de ser necesario, podrá modificar las medidas.

La jueza o juez podrá delegar el seguimiento del cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio a la Defensoría del Pueblo o a otra instancia estatal, nacional o local, de protección de derechos. Estos podrán deducir las acciones que sean necesarias para cumplir la delegación. La Defensoría del Pueblo o la instancia delegada deberá informar periódicamente a la jueza o juez sobre el cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio.

El caso se archivará sólo cuando se haya ejecutado integralmente la sentencia o el acuerdo reparatorio.

Art. 22.- Violaciones procesales.- En caso de violación al trámite de garantías constitucionales o incumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio, la jueza o juez deberá sancionar a la persona o institución que incumple, de conformidad con las siguientes reglas:

1. En caso de que el incumplimiento provoque daños, la misma jueza o juez sustanciará un incidente de daños y perjuicios, mediante un procedimiento sumario, por este hecho y contra la persona responsable, particular o pública, y su cuantía

será cobrada mediante apremio real.

2. En caso de que el incumplimiento sea de parte de servidoras o servidores judiciales o de acciones u omisiones durante el trámite, se considerará como falta gravísima y se comunicará del particular al Consejo de la Judicatura para que proceda de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial.
3. Si las violaciones al trámite o términos establecidos en esta ley proviene de la propia jueza o juez, la parte perjudicada podrá presentar la denuncia ante la autoridad correspondiente del Consejo de la Judicatura, de acuerdo a las normas del Código Orgánico de la Función Judicial.
4. En caso de que servidoras o servidores públicos incumplieran una sentencia o acuerdo reparatorio, la jueza o juez ordenará el inicio del procedimiento para su eventual destitución. En caso de destitución del servidor omiso, el remplazo debe cumplir el fallo bajo las mismas prevenciones.
5. No se podrán dictar actos ulteriores que afecten el fallo, bajo las mismas prevenciones.

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.

Art. 24.- Apelación.- Las partes podrán apelar en la misma audiencia o hasta tres días hábiles después de haber sido notificadas por escrito. La apelación será conocida por la Corte Provincial; si hubiere más de una sala, se radicará por sorteo. La interposición del recurso no suspende la ejecución de la sentencia, cuando el apelante fuere la persona o entidad accionada.

Cuando hubiere más de una sala, la competencia se radicará por sorteo. La Corte Provincial avocará conocimiento y resolverá por el mérito del expediente en el término de ocho días. De considerarlo necesario, la jueza o juez podrá ordenar la práctica de elementos probatorios y convocar a audiencia, que deberá realizarse

dentro de los siguientes ocho días hábiles; en estos casos, el término se suspende y corre a partir de la audiencia.

Art. 25.- Selección de sentencias por la Corte Constitucional.- Para la selección de las sentencias por la Corte Constitucional, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1. Todas las sentencias ejecutoriadas de garantías jurisdiccionales serán remitidas en el término de tres días contados a partir de su ejecutoría a la Corte Constitucional, para su conocimiento y eventual selección y revisión.
2. La Sala de Selección, después de conocer las sentencias, escogerá discrecionalmente aquellas sentencias objeto de la revisión. El caso seleccionado se hará conocer a través del portal de internet de la Corte Constitucional.
3. La exclusión de la revisión no requiere de motivación expresa.
4. 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 judiciales fijados por la Corte Constitucional.
 - d) Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia.
5. La Defensora o Defensor del Pueblo o cualquier jueza o juez de la Corte Constitucional podrá solicitar la selección de la sentencia, a partir de las causales descritas en el numeral anterior.
6. En caso de que la sentencia no haya sido seleccionada dentro del término de veinte días desde su recepción en la Corte Constitucional, se entiende excluida de la revisión.
7. La Corte definirá los mecanismos para registrar y controlar los casos remitidos y no seleccionados.
8. La Corte dictará sentencia en los casos seleccionados dentro del término de cuarenta días siguientes a su selección.
9. Se remitirá, una vez adoptada la decisión, el expediente a la jueza o juez competente de primera instancia, para que notifique a las partes la sentencia y la ejecute.
10. No cabe recurso alguno de ninguna de las decisiones tomadas por la Corte en el proceso de selección.

El trámite de selección o revisión no suspende los efectos de la sentencia.

CAPÍTULO II MEDIDAS CAUTELARES

Sección Primera

Principios Generales

Art. 26.- Finalidad.- Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con 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. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad.

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. 28.- Efecto jurídico de las medidas.- El otorgamiento de medidas cautelares y su adopción no constituirá prejuzgamiento sobre la declaración de la violación ni tendrán valor probatorio en el caso de existir una acción por violación de derechos.

Art. 29.- Inmediatez.- Las medidas cautelares deberán ser ordenadas de manera inmediata y urgente. La jueza o juez deberá ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que recibió la petición.

Art. 30.- Responsabilidad y sanciones.- El incumplimiento de las medidas cautelares será sancionado de la misma manera que en los casos de incumplimiento de la sentencia en las garantías jurisdiccionales constitucionales.

Sección Segunda

Procedimiento

Art. 31.- Procedimiento.- El procedimiento para ordenar medidas cautelares será

informal, sencillo, rápido y eficaz en todas sus fases. La jueza o el juez tendrá la obligación de buscar los medios más sencillos que estén a su alcance para proteger el derecho amenazado o que está siendo vulnerado.

Art. 32.- *Petición.*- Cualquier persona o grupo de personas podrá interponer una petición de medidas cautelares, de manera verbal o escrita, ante cualquier jueza o juez. Si hubiere más de una jueza o juez, la competencia se radicará por sorteo. En la sala de sorteos se atenderá con prioridad a la persona que presente una medida cautelar. En caso de que se presente la petición oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal.

La petición podrá ser interpuesta conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución, cuando tenga por objeto detener la violación del derecho. En estos casos, las medidas cautelares se tramitarán previamente a la acción para declarar la violación de derechos por lo que no se requerirá la calificación del requerimiento para que proceda la orden de medidas cautelares; de ser procedente, la jueza o juez podrá ordenar las medidas cautelares cuando declare la admisibilidad de la acción. El requerimiento se tramitará de conformidad con lo dispuesto en esta ley.

El peticionario deberá declarar si ha interpuesto otra medida cautelar por el mismo hecho.

Art. 33.- *Resolución.*- Una vez que la jueza o juez conozca sobre la petición de medidas cautelares, si verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en esta ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes. No se exigirán pruebas para ordenar estas medidas ni tampoco se requiere notificación formal a las personas o instituciones involucradas.

La jueza o juez admitirá o denegará la petición de medidas cautelares mediante resolución sobre la cual no se podrá interponer recurso de apelación.

En el caso de que la jueza o juez ordene las medidas correspondientes, especificará e individualizará las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la medida cautelar y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse; sin perjuicio de que, por las circunstancias del caso, la jueza o juez actúe de forma verbal; y se utilizarán los medios que estén al alcance de la jueza o juez, tales como llamadas telefónicas, envíos de fax o visitas inmediatas al lugar de los hechos.

Art. 34.- Delegación.- La jueza o juez tiene la obligación de garantizar el cumplimiento y ejecución de las medidas cautelares que ordene, para lo cual podrá delegar a la Defensoría del Pueblo o a cualquier otra institución estatal encargada de la protección de derechos, la supervisión de la ejecución de medidas cautelares.

Art. 35.- Revocatoria.- La revocatoria de las medidas cautelares procederá sólo cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos, hayan cesado los requisitos previstos en esta ley o se demuestre que no tenían fundamento. En este último caso, la persona o institución contra la que se dictó la medida podrá defenderse y presentar los hechos o argumentos que sustenten la revocatoria de la medida cautelar. Para que proceda la revocatoria, la institución o persona a quien se haya delegado o las partes, deberán informar a la jueza o juez sobre la ejecución de las medidas.

Cuando la jueza o juez considere que no procede la revocatoria, deberá determinar las razones mediante auto, que podrá ser apelado en el término de tres días.

Art. 36.- Audiencia.- De manera excepcional y de considerarlo necesario, la jueza o juez podrán convocar a los involucrados a una audiencia para ordenar las medidas, modificarlas, supervisarlas o revocarlas.

Art. 37.- Prohibición.- No se podrá interponer una medida cautelar contra otra medida cautelar por el mismo hecho violatorio o amenaza a los derechos.

Art. 38.- Remisión de providencias.- La jueza o juez deberá enviar, mediante informe sumario o auto, las medidas cautelares adoptadas o negadas a la Corte Constitucional para su eventual selección y revisión.

CAPÍTULO III ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Art. 39.- Objeto.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

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

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

Art. 41.- Procedencia y legitimación pasiva.- La acción de protección procede contra:

1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.
2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.
3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías.
4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:
 - a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;
 - b) Presten servicios públicos por delegación o concesión;
 - c) Provoque daño grave;
 - d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.
5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.
4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.
5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.
6. Cuando se trate de providencias judiciales.
7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibles la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.

CAPÍTULO IV

ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS

Art. 43.- Objeto.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona, tales como:

1. A no ser privada de la libertad en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, protección que incluye la garantía de que la detención se haga siempre por mandato escrito y motivado de juez competente, a excepción de los casos de flagrancia;
2. A no ser exiliada forzosamente, desterrada o expatriada del territorio nacional;
3. A no ser desaparecida forzosamente;
4. A no ser torturada, tratada en forma cruel, inhumana o degradante;
5. A que, en caso de ser una persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su integridad y su seguridad;
6. A no ser detenida por deudas, excepto en el caso de pensiones alimenticias;
7. A la inmediata excarcelación de la persona procesada o condenada, cuya libertad haya sido ordenada por una jueza o juez;
8. A la inmediata excarcelación de la persona procesada cuando haya caducado la prisión preventiva por haber transcurrido seis meses en los delitos sancionados con prisión y de un año en los delitos sancionados con reclusión;
9. A no ser incomunicada, o sometida a tratamientos vejatorios de su dignidad humana;
10. A ser puesta a disposición del juez o tribunal competente inmediatamente y no más tarde de las veinticuatro horas siguientes a su detención.

Art. 44.- Trámite.- La acción de hábeas corpus, en lo que no fueren aplicables las normas generales, seguirá el siguiente trámite:

1. La acción puede ser interpuesta ante cualquier jueza o juez del lugar donde se presume está privada de libertad la persona. Cuando se desconozca el lugar de privación de libertad, se podrá presentar la acción ante la jueza o juez del domicilio del accionante. Cuando la orden de privación de la libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, la acción se interpondrá ante la Corte Provincial de Justicia; de haber más de una sala, se sorteará entre ellas.

2. Dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la acción, la jueza o juez dirigirá y realizará la audiencia, en la que se deberán presentar las justificaciones de hecho y de derecho que sustentan la medida privativa de libertad. La jueza o juez deberá ordenar la comparecencia de la persona privada de la libertad y de la autoridad a cuya orden se encuentre la persona y la defensora o defensor público. De considerarlo necesario la jueza o juez, la audiencia se realizará en el lugar donde ocurre la privación de la libertad.
3. La jueza o juez dictará sentencia en la audiencia y, dentro de las veinticuatro horas después de finalizada, notificará la resolución por escrito a las partes.
4. Procede la apelación de conformidad con las normas comunes a las garantías jurisdiccionales. Cuando la privación haya sido dispuesta en la Corte Provincial de Justicia, se apelará ante la Presidenta o Presidente de la Corte Nacional; y, cuando hubiere sido dispuesta por la Corte Nacional de Justicia, se apelará ante cualquier otra sala que no ordenó la prisión preventiva.

Art. 45.- Reglas de aplicación.- Las juezas y jueces observarán las siguientes reglas:

1. En caso de verificarse cualquier forma de tortura se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad.
2. En caso de privación ilegítima o arbitraria, la jueza o juez declarará la violación del derecho, dispondrá la inmediata libertad y la reparación integral. La privación arbitraria o ilegítima se presumirá en los siguientes casos:
 - a) Cuando la persona no fuere presentada a la audiencia.
 - b) Cuando no se exhiba la orden de privación de libertad.
 - c) Cuando la orden de privación de libertad no cumpla los requisitos legales o constitucionales.
 - d) Cuando se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la privación de libertad.
 - e) En los casos en que la privación de la libertad es llevada a cabo por particulares, cuando no se justifique la privación de libertad.
3. La orden judicial que dispone la libertad será obedecida inmediatamente por los encargados del lugar de la privación de libertad, sin que sea admisible ningún tipo de observación o excusa.
4. En cualquier parte del proceso, la jueza o juez puede adoptar todas las medidas que considere necesarias para garantizar la libertad y la integridad de la persona privada de libertad, incluso podrá disponer la intervención de la Policía Nacional.

Art. 46.- Desaparición Forzada.- Cuando se desconozca el lugar de la privación de

libertad y existan indicios sobre la intervención de alguna servidora o servidor público, o cualquier otro agente del Estado, o de personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia, la jueza o juez deberá convocar a audiencia al máximo representante de la Policía Nacional y a la ministra o ministro competente. Después de escucharlos, se adoptarán las medidas necesarias para ubicar a la persona y a los responsables de la privación de libertad.

CAPÍTULO V

ACCIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Art. 47.- Objeto y ámbito de protección.- Esta acción tiene por objeto garantizar el acceso a la información pública, cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, cuando se creyere que la información proporcionada no es completa o ha sido alterada o cuando se ha negado al acceso físico a las fuentes de información. También procederá la acción cuando la denegación de información se sustente en el carácter secreto o reservado de la misma.

Se considerará información pública toda aquella que emane o que esté en poder de entidades del sector público o entidades privadas que, para el tema materia de la información, tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste.

No se podrá acceder a información pública que tenga el carácter de confidencial o reservada, declarada en los términos establecidos por la ley. Tampoco se podrá acceder a la información estratégica y sensible a los intereses de las empresas públicas.

Art. 48.- Normas especiales.- Para efectos de la presentación de la acción, la violación del derecho se entenderá ocurrida en el lugar en el que real o presuntamente se encuentra la información requerida.

Si la información no consta en el archivo de la institución solicitada, la entidad pública deberá comunicar el lugar o archivo donde se encuentra la información solicitada.

La jueza o juez deberá actuar conforme a lo establecido en la Constitución y la Ley que regula esta materia.

CAPÍTULO VI ACCIÓN DE HÁBEAS DATA

Art. 49.- Objeto.- La acción de hábeas data tiene por objeto garantizar judicialmente a toda persona el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, estén en poder de entidades públicas o de personas naturales o jurídicas privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo, toda persona tiene derecho a conocer el uso que se haga de dicha información, su finalidad, el origen y destino, y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.

El titular de los datos podrá solicitar al responsable del archivo o banco de datos, el acceso sin costo a la información antes referida, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. No podrá solicitarse la eliminación de datos personales que por disposición de la ley deban mantenerse en archivos públicos.

Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales únicamente podrán difundir la información archivada con autorización del titular o de la ley.

Las presentes disposiciones son aplicables a los casos de rectificación a que están obligados los medios de comunicación, de conformidad con la Constitución.

El concepto de reparación integral incluirá todas las obligaciones materiales e inmateriales que el juez determine para hacer efectiva dicha reparación.

Art. 50.- Ámbito de protección.- Se podrá interponer la acción de hábeas data en los siguientes casos:

1. Cuando se niega el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que consten en entidades públicas o estén en poder de personas naturales o jurídicas privadas.
2. Cuando se niega la solicitud de actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos que fueren erróneos o afecten sus derechos.
3. Cuando se da un uso de la información personal que viole un derecho constitucional, sin autorización expresa, salvo cuando exista orden de jueza o juez competente.

Art. 51.- Legitimación activa.- Toda persona, natural o jurídica, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, podrá interponer una acción de hábeas data.

CAPÍTULO VII

ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Art. 52.- Objeto y ámbito.- La acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos.

Esta acción procederá cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible.

Art. 53.- Legitimación pasiva.- La acción por incumplimiento procederá en contra de toda autoridad pública y contra de personas naturales o jurídicas particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, o presten servicios públicos. Procederá contra particulares también en el caso de que las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos impongan una obligación a una persona particular determinada o determinable.

Art. 54.- Reclamo previo.- Con el propósito de que se configure el incumplimiento, la persona accionante previamente reclamará el cumplimiento de la obligación a quien deba satisfacerla. Si se mantuviera el incumplimiento o la autoridad pública o persona particular no contestare el reclamo en el término de cuarenta días, se considerará configurado el incumplimiento.

Art. 55.- Demanda.- La demanda deberá contener:

1. Nombre completo de la persona accionante.
2. Determinación de la norma, sentencia o informe del que se solicita su cumplimiento, con señalamiento de la obligación clara, expresa y exigible que se requiere cumplir.
3. Identificación de la persona, natural o jurídica, pública o privada de quien se exige el cumplimiento.
4. Prueba del reclamo previo.
5. Declaración de no haber presentado otra demanda en contra de las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones y con la misma pretensión.
6. Lugar en el que se ha de notificar a la persona requerida.

Art. 56.- Causales de inadmisión.- La acción por incumplimiento no procede en los siguientes casos:

1. Si la acción es interpuesta para proteger derechos que puedan ser garantizados mediante otra garantía jurisdiccional.
2. Si se trata de omisiones de mandatos constitucionales.
3. Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante.
4. Si no se cumplen los requisitos de la demanda.

Art. 57.- Procedimiento.- Presentada la demanda a la Corte Constitucional, la sala de admisiones lo admitirá o inadmitirá conforme lo establecido en los artículos precedentes.

En caso de considerar admisible la demanda, inmediatamente se designará mediante sorteo a la jueza o juez ponente y dentro de las veinticuatro horas siguientes, se notificará a la persona accionada para que cumpla o justifique el incumplimiento en una audiencia que se realizará en el término de dos días, ante la jueza o juez ponente.

En la audiencia, la persona accionada comparecerá y contestará la demanda y presentará las pruebas y justificativos que considere pertinentes.

En caso de que existan hechos que deban justificarse, se podrá abrir el término de prueba por ocho días tras los cuales se dictará sentencia. Si la persona accionada no comparece a la audiencia o si no existen hechos que deban justificarse, se elaborará el proyecto de sentencia y el Pleno dictará sentencia en el término de dos días tras la celebración de la audiencia.

CAPÍTULO VIII

ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

Art. 58.- Objeto.- La acción extraordinaria de protección tiene por objeto 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.

Art. 59.- Legitimación activa.- 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.

Art. 60.- Término para accionar.- 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.

Art. 61.- Requisitos.- La demanda deberá contener:

1. La calidad en la que comparece la persona accionante.
2. Constancia de que la sentencia o auto está ejecutoriada.
3. Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado.
4. Señalamiento de la judicatura, sala o tribunal del que emana la decisión violatoria del derecho constitucional.
5. Identificación precisa del derecho constitucional violado en la decisión judicial.
6. Si la violación ocurrió durante el proceso, la indicación del momento en que se alegó la violación ante la jueza o juez que conoce la causa.

Art. 62.- Admisión.- La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; éste ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días.

La sala de admisión en el término de diez días deberá verificar lo siguiente:

1. Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso;
2. Que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión;
3. Que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia;
4. Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea

- aplicación de la ley;
5. Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez;
 6. Que la acción se haya presentado dentro del término establecido en el artículo 60 de esta ley;
 7. Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales; y,
 8. Que el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional.

Si declara la inadmisibilidad, archivará la causa y devolverá el expediente a la jueza, juez o tribunal que dictó la providencia y dicha declaración no será susceptible de apelación; si la declara admisible se procederá al sorteo para designar a la jueza o juez ponente, quien sin más trámite elaborará y remitirá el proyecto de sentencia, al pleno para su conocimiento y decisión.

La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción.

Esta identificación incluirá una argumentación clara sobre el derecho y la relación directa e inmediata, por acción u omisión.

Art. 63.- Sentencia.- La Corte Constitucional determinará si en la sentencia se han violado derechos constitucionales del accionante y si declara la violación, ordenará la reparación integral al afectado.

La Corte Constitucional tendrá el término máximo de treinta días contados desde la recepción del expediente para resolver la acción.

La sentencia de la Corte deberá contener los elementos establecidos en las normas generales de las garantías jurisdiccionales establecidas en esta ley, aplicados a las particularidades de esta acción.

Art. 64.- Sanciones.- Cuando la acción extraordinaria de protección fuere interpuesta sin fundamento alguno, la Corte Constitucional establecerá los correctivos y comunicará al Consejo de la Judicatura para que sancione a la o el abogado patrocinador, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial. La rein-

cidencia será sancionada con suspensión del ejercicio profesional, de conformidad con lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial.

CAPÍTULO IX

ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN CONTRA DECISIONES DE LA JUSTICIA INDÍGENA

Art. 65.- *Ámbito.*- La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido.

Se observarán los principios que, sobre esta materia, se encuentran determinados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, demás instrumentos de derechos humanos, Código Orgánico de la Función Judicial y la ley.

Art. 66.- *Principios y procedimiento.*- La Corte Constitucional deberá respetar los siguientes principios y reglas:

1. *Interculturalidad.*- El procedimiento garantizará la comprensión intercultural de los hechos y una interpretación intercultural de las normas aplicables a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural. Para el entendimiento intercultural, la Corte deberá recabar toda la información necesaria sobre el conflicto resuelto por las autoridades indígenas.
2. *Pluralismo jurídico.*- El Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado.
3. *Autonomía.*- Las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, gozarán de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho indígena propio.
No obstante el reconocimiento de un máximo de autonomía, tiene los límites establecidos por la Constitución vigente, los instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas y esta ley.
4. *Debido proceso.*- La observancia de las normas, usos y costumbres, y procedimientos que hacen parte del derecho propio de la nacionalidad, pueblo o

- comunidad indígena constituyen el entendimiento intercultural del principio constitucional del debido proceso.
5. Oralidad.- En todo momento del procedimiento, cuando intervengan las personas, grupos o autoridades indígenas, se respetará la oralidad y se contará con traductores de ser necesario. La acción podrá ser presentada en castellano o en el idioma de la nacionalidad o pueblo al que pertenezca la persona. Cuando se la reduzca a escrito, deberá constar en la lengua propia de la persona o grupos de personas y será traducida al castellano.
 6. Legitimación activa.- Cualquier persona o grupo de personas podrá presentar esta acción. Cuando intervenga una persona a nombre de la comunidad, deberá demostrar la calidad en la que comparece.
 7. Acción.- La persona o grupo planteará su acción verbalmente o por escrito y manifestará las razones por las que se acude al tribunal y las violaciones a los derechos que supuestamente se han producido. Esta solicitud será reducida a escrito por el personal de la Corte dentro del término de veinte días.
 8. Calificación.- Inmediatamente la sala de admisiones deberá comunicar si se acepta a trámite y las razones que justifican su decisión. Se sentará un acta sobre la calificación.
 9. Notificación.- De aceptarse a trámite, la jueza o juez ponente de la Corte designado mediante sorteo, señalará día y hora para la audiencia y hará llamar a la autoridad o autoridades indígenas que tomaron la decisión o podrá acudir a la comunidad, de estimarse necesario.
 10. Audiencia.- La autoridad o autoridades serán escuchadas al igual que las personas que presentaron la acción por el Pleno de la Corte. La audiencia deberá ser grabada. De considerarse necesario, se escuchará a la persona o personas que fueron contraparte en el proceso del cual se revisa la sentencia.
 11. Opinión técnica.- La jueza o juez ponente podrá solicitar la opinión técnica de una persona experta en temas relacionados con justicia indígena y recibir opiniones de organizaciones especializadas en estos temas.
 12. Proyecto de sentencia.- La jueza o juez ponente presentará el proyecto de sentencia del Pleno para su conocimiento y resolución. La sentencia puede ser modulada para armonizar los derechos constitucionalmente garantizados y los derechos propios de la comunidad, pueblo o nacionalidad.
 13. Notificación de la sentencia.- La sentencia sobre constitucionalidad de las decisiones indígenas deberá ser transmitida de forma oral y motivadamente en la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena, a través del ponente o su delegado. La sentencia deberá ser reducida a escrito, en castellano y en la lengua propia de la persona o grupo de personas.
 14. Violación de derechos de las mujeres.- Las juezas o jueces deberán impedir que

en sentencias de justicia indígena se alegue la costumbre, la interculturalidad o el pluralismo jurídico para violar los derechos humanos o de participación de las mujeres.

TITULO VI

INCUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS Y DICTÁMENES CONSTITUCIONALES

Art. 162.- Efectos de las sentencias y dictámenes constitucionales.- Las sentencias y dictámenes constitucionales son de inmediato cumplimiento, sin perjuicio de la interposición de los recursos de aclaración o ampliación, y sin perjuicio de su modulación.

Art. 163.- Incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.- Las juezas y jueces tienen la obligación de ejecutar las sentencias en materia constitucional que hayan dictado. Subsidiariamente, en caso de inejecución o defectuosa ejecución, se ejercitará la acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional.

Si la Corte Constitucional apreciara indicios de responsabilidad penal o disciplinaria en la jueza o juez que incumple, deberá poner en conocimiento del hecho a la Fiscalía o al Consejo de la Judicatura, según corresponda.

En los casos de incumplimiento de sentencias y dictámenes emitidos por la Corte Constitucional, se podrá presentar la acción de incumplimiento previstas en este título directamente ante la misma Corte.

Para garantizar su eficacia se podrá solicitar el auxilio de la Policía Nacional.

Art. 164.- Trámite.- La acción de incumplimiento de sentencias constitucionales tendrá el siguiente trámite:

1. Podrá presentar esta acción quien se considere afectado siempre que la jueza o juez que dictó la sentencia no la haya ejecutado en un plazo razonable o cuando considere que no se la ha ejecutado integral o adecuadamente.
2. Cuando se trate del incumplimiento de sentencias expedidas dentro de procesos de garantía judiciales de derechos constitucionales, la jueza o juez competente, a petición de parte, remitirá el expediente a la Corte Constitucional, al cual acompañará un informe debidamente argumentado sobre las razones del incumplimiento suyo o de la autoridad obligada, para lo cual tendrá un término de cinco

- días desde el momento en que el interesado hizo la solicitud.
3. En caso de que la jueza o juez se rehúse a remitir el expediente y el informe, o lo haga fuera del término establecido en el numeral anterior, el afectado podrá solicitar, directamente a la Corte Constitucional, dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término señalado, que ordene a la jueza o juez la remisión del expediente y declare el incumplimiento de la sentencia.
 4. En caso de incumplimiento de sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional, ésta de oficio o a petición de parte, ejecutará directamente las medidas necesarias para hacer efectiva su decisión.

Art. 165.- Efecto de las decisiones de la justicia constitucional en las acciones de incumplimiento de sentencias.- En el trámite de la acción, la Corte Constitucional podrá ejercer todas las facultades que la Constitución, esta Ley y el Código Orgánico de la Función Judicial le atribuyen a los jueces para la ejecución de sus decisiones, con el objeto de hacer efectiva la sentencia incumplida y lograr la reparación integral de los daños causados a la o el solicitante.

LEY ORGÁNICA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

TÍTULO PRIMERO

PRINCIPIOS GENERALES

Art. 1.- Principio de Publicidad de la Información Pública.- El acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado.

Toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de la información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades, conforme lo dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONGs), están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley.

Art. 2.- Objeto de la Ley.- La presente Ley garantiza y norma el ejercicio del derecho fundamental de las personas a la información conforme a las garantías consagradas en la Constitución Política de la República, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales vigentes, de los cuales nuestro país es signatario.

Persigue los siguientes objetivos:

- a) Cumplir lo dispuesto en la Constitución Política de la República referente a la publicidad, transparencia y rendición de cuentas al que están sometidas todas las instituciones del Estado que conforman el sector público, dignatarios, autoridades y funcionarios públicos, incluidos los entes señalados en el artículo anterior, las personas jurídicas de derecho privado que realicen obras, servicios, etc., con asignaciones públicas. Para el efecto, adoptarán las medidas que garanticen y promuevan la organización, clasificación y manejo de la información que den cuenta de la gestión pública;
- b) El cumplimiento de las convenciones internacionales que sobre la materia ha suscrito legalmente nuestro país;
- c) Permitir la fiscalización de la administración pública y de los recursos públicos, efectivizándose un verdadero control social;

- d) Garantizar la protección de la información personal en poder del sector público y/o privado;
- e) La democratización de la sociedad ecuatoriana y la plena vigencia del estado de derecho, a través de un genuino y legítimo acceso a la información pública; y,
- f) Facilitar la efectiva participación ciudadana en la toma de decisiones de interés general y su fiscalización.

Art. 3.- **Ámbito de Aplicación de la Ley.**- Esta Ley es aplicable a:

- a) Los organismos y entidades que conforman el sector público en los términos del artículo 118 de la Constitución Política de la República;
- b) Los entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley;
- c) Las personas jurídicas cuyas acciones o participaciones pertenezcan en todo o en parte al Estado, exclusivamente sobre el destino y manejo de recursos del Estado;
- d) El derecho de acceso a la información de los diputados de la República se rige conforme a lo dispuesto en la Constitución Política de la República, en la Ley Orgánica de la Función Legislativa y su Reglamento Interno;
- e) Las corporaciones, fundaciones y organismos no gubernamentales (ONGs) aunque tengan el carácter de privadas y sean encargadas de la provisión o administración de bienes o servicios públicos, que mantengan convenios, contratos o cualquier forma contractual con instituciones públicas y/u organismos internacionales, siempre y cuando la finalidad de su función sea pública;
- f) Las personas jurídicas de derecho privado, que sean delegatarias o concesionarias o cualquier otra forma contractual de servicios públicos del Estado, en los términos del respectivo contrato;
- g) Las personas jurídicas de derecho privado, que realicen gestiones públicas o se financien parcial o totalmente con recursos públicos y únicamente en lo relacionada con dichas gestiones o con las acciones o actividades a las que se destinen tales recursos; y,
- h) Las personas jurídicas de derecho privado que posean información pública en los términos de esta Ley.

Art. 4.- **Principios de Aplicación de la Ley.**- En el desarrollo del derecho de acceso a la información pública se observarán los siguientes principios:

- a) La información pública pertenece a los ciudadanos y ciudadanas. El Estado y las instituciones privada depositarias de archivos públicos, son sus administradores y están obligados a garantizar el acceso a la información;

- b) El acceso a la información pública, será por regla general gratuito a excepción de los costos de reproducción y estará regulado por las normas de esta Ley;
- c) El ejercicio de la función pública, está sometido al principio de apertura y publicidad de sus actuaciones. Este principio se extiende a aquellas entidades de derecho privado que ejerzan la potestad estatal y manejen recursos públicos;
- d) Las autoridades y jueces competentes deberán aplicar las normas de esta Ley Orgánica de la manera que más favorezca al efectivo ejercicio de los derechos aquí garantizados; y,
- e) Garantizar el manejo transparente de la información pública, de manera que se posibilite la participación ciudadana en la toma de decisiones de interés general y la rendición de cuentas de las diferentes autoridades que ejerzan el poder público.

TÍTULO SEGUNDO

DE LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y SU DIFUSIÓN

Art. 5.- Información Pública.- 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 ellas, que se encuentren bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del Estado.

Art. 6.- Información Confidencial.- Se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República.

El uso ilegal que se haga 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 competentes, sobre violaciones a 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 exceptiona el procedimiento establecido en las indagaciones previas.

Art. 7.- Difusión de la Información Pública.- Por la transparencia en la gestión ad-

ministrativa que están obligadas a observar todas las instituciones del Estado que conforman el sector público en los términos del artículo 118 de la Constitución Política de la República y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, difundirán a través de un portal de información o página web, así como de los medios necesarios a disposición del público, implementados en la misma institución, la siguiente información mínima actualizada, que para efectos de esta Ley, se la considera de naturaleza obligatoria:

- a) Estructura orgánica funcional, base legal que la rige, regulaciones y procedimientos internos aplicables a la entidad; las metas y objetivos de las unidades administrativas de conformidad con sus programas operativos;
- b) El directorio completo de la institución, así como su distributivo de personal;
- c) La remuneración mensual por puesto y todo ingreso adicional, incluso el sistema de compensación, según lo establezcan las disposiciones correspondientes;
- d) Los servicios que ofrece y las formas de acceder a ellos, horarios de atención y demás indicaciones necesarias, para que la ciudadanía pueda ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones;
- e) Texto íntegro de todos los contratos colectivos vigentes en la institución, así como sus anexos y reformas;
- f) Se publicarán los formularios o formatos de solicitudes que se requieran para los trámites inherentes a su campo de acción;
- g) Información total sobre el presupuesto anual que administra la institución, especificando ingresos, gastos, financiamiento y resultados operativos de conformidad con los clasificadores presupuestales, así como liquidación del presupuesto, especificando destinatarios de la entrega de recursos públicos;
- h) Los resultados de las auditorías internas y gubernamentales al ejercicio presupuestal;
- i) Información completa y detallada sobre los procesos precontractuales, contractuales, de adjudicación y liquidación, de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles, etc., celebrados por la institución con personas naturales o jurídicas, incluidos concesiones, permisos o autorizaciones;
- j) Un listado de las empresas y personas que han incumplido contratos con dicha institución;
- k) Planes y programas de la institución en ejecución;
- l) El detalle de los contratos de crédito externos o internos; se señalará la fuente de los fondos con los que se pagarán esos créditos. Cuando se trate de préstamos o contratos de financiamiento, se hará constar, como lo prevé la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Ley Orgánica de la Contraloría Ge-

neral del Estado y la Ley Orgánica de Responsabilidad y Transparencia Fiscal, las operaciones y contratos de crédito, los montos, plazo, costos financieros o tipos de interés;

- m) Mecanismos de rendición de cuentas a la ciudadanía, tales como metas e informes de gestión e indicadores de desempeño;
- n) Los viáticos, informes de trabajo y justificativos de movilización nacional o internacional de las autoridades, dignatarios y funcionarios públicos;
- o) El nombre, dirección de la oficina, apartado postal y dirección electrónica del responsable de atender la información pública de que trata esta Ley;
- p) La Función Judicial y el Tribunal Constitucional, adicionalmente, publicarán el texto íntegro de las sentencias ejecutoriadas, producidas en todas sus jurisdicciones;
- q) Los organismos de control del Estado, adicionalmente, publicarán el texto íntegro de las resoluciones ejecutoriadas, así como sus informes, producidos en todas sus jurisdicciones;
- r) El Banco Central, adicionalmente, publicará los indicadores e información relevante de su competencia de modo asequible y de fácil comprensión para la población en general;
- s) Los organismos seccionales, informarán oportunamente a la ciudadanía de las resoluciones que adoptaren, mediante la publicación de las actas de las respectivas sesiones de estos cuerpos colegiados, así como sus planes de desarrollo local; y,
- t) El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, adicionalmente, publicará el texto íntegro de sus sentencias ejecutoriadas, producidas en todas sus jurisdicciones.

La información deberá ser publicada, organizándola por temas, items, orden secuencial o cronológico, etc., sin agrupar o generalizar, de tal manera que el ciudadano pueda ser informado correctamente y sin confusiones.

Art. 8.- Promoción del Derecho de Acceso a la Información.- Todas las entidades que conforman el sector público en los términos del artículo 118 de la Constitución Política de la República y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, implementarán, según sus competencias y posibilidades presupuestarias, programas de difusión y capacitación dirigidos tanto a los servidores públicos, como a las organizaciones de la sociedad civil, con el objeto de garantizar una mayor y mejor participación ciudadana en la vida del Estado.

Las universidades y demás instituciones del sistema educativo desarrollarán programas de actividades de conocimiento, difusión y promoción de estos derechos.

Los centros de educación fiscal, municipal y en general todos los que conforman el sistema de educación básica, integrarán en sus currículos contenidos de promoción de los derechos ciudadanos a la información y comunicación, particularmente de los accesos a la información pública, hábeas data y amparo.

Art. 9.- Responsabilidad sobre la entrega de la Información Pública.- El titular de la entidad o representante legal, será el responsable y garantizará la atención suficiente y necesaria a la publicidad de la información pública, así como su libertad de acceso.

Su responsabilidad será recibir y contestar las solicitudes de acceso a la información, en el plazo perentorio de diez días, mismo que puede prorrogarse por cinco días más, por causas debidamente justificadas e informadas al peticionario.

Art. 10.- Custodia de la Información.- Es responsabilidad de las instituciones públicas, personas jurídicas de derecho público y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, crear y mantener registros públicos de manera profesional, para que el derecho a la información se pueda ejercer a plenitud, por lo que, en ningún caso se justificará la ausencia de normas técnicas en el manejo y archivo de la información y documentación para impedir u obstaculizar el ejercicio de acceso a la información pública, peor aún su destrucción.

Quienes administren, manejen, archiven o conserven información pública, serán personalmente responsables, solidariamente con la autoridad de la dependencia a la que pertenece dicha información y/o documentación, por las consecuencias civiles, administrativas o penales a que pudiera haber lugar, por sus acciones u omisiones, en la ocultación, alteración, pérdida y/o desmembración de documentación e información pública. Los documentos originales deberán permanecer en las dependencias a las que pertenezcan, hasta que sean transferidas a los archivos generales o Archivo Nacional.

El tiempo de conservación de los documentos públicos, lo determinará la Ley del Sistema de Archivo Nacional y las disposiciones que regulen la conservación de la información pública confidencial.

Los documentos de una institución que desapareciere, pasarán bajo inventario al Archivo Nacional y en caso de fusión interinstitucional, será responsable de aquello la nueva entidad.

TÍTULO TERCERO DE LA INFORMACIÓN RESERVADA Y CONFIDENCIAL

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.

Art. 18.- Protección de la Información Reservada.- La información clasificada previamente como reservada, permanecerá con tal carácter hasta un período de quince años desde su clasificación. La información reservada será desclasificada cuando se extingan las causas que dieron lugar a su clasificación. Se ampliará el período de reserva sobre cierta documentación siempre y cuando permanezcan y se justifiquen las causas que dieron origen a su clasificación.

El Consejo de Seguridad Nacional, en los casos de reserva por motivos de seguridad nacional y los titulares de las instituciones públicas, serán responsables de clasificar y desclasificar la información de conformidad con esta Ley. La clasificación de reserva no podrá efectuarse posteriormente a la solicitud de información.

La información reservada que se haga pública antes del vencimiento del plazo de la reserva o de manera distinta a la prevista en el inciso anterior, podrá ocasionar responsabilidad civil, administrativa y/o penal según los casos, de la persona que

por su función haya violado la reserva.

Las instituciones públicas elaborarán semestralmente por temas, un índice de los expedientes clasificados como reservados. En ningún caso el índice será considerado como información reservada. Este índice de información reservada, detallará: fecha de resolución y período de vigencia de esta clasificación.

La información reservada en temas de seguridad nacional, solo podrá ser desclasificada por el Consejo de Seguridad Nacional. La información clasificada como reservada por los titulares de las entidades e instituciones del sector público, podrá ser desclasificada en cualquier momento por el Congreso Nacional, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes, en sesión reservada.

TÍTULO CUARTO

DEL PROCESO ADMINISTRATIVO PARA ACCEDER A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Art. 19.- De la Solicitud y sus Requisitos.- El interesado a acceder a la información pública que reposa, manejan o producen las personas jurídicas de derecho público y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, deberá hacerlo mediante solicitud escrita ante el titular de la institución.

En dicha solicitud deberá constar en forma clara la identificación del solicitante y la ubicación de los datos o temas motivo de la solicitud, la cual será contestada en el plazo señalado en el artículo 9 de esta Ley.

Art. 20.- Límites de la Publicidad de la Información.- La solicitud de acceso a la información no implica la obligación de las entidades de la administración pública y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, a crear o producir información, con la que no dispongan o no tengan obligación de contar al momento de efectuarse el pedido. En este caso, la institución o entidad, comunicará por escrito que la denegación de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder, respecto de la información solicitada. Esta Ley tampoco faculta a los peticionarios a exigir a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean, salvo aquellos que por sus objetivos institucionales deban producir.

No se entenderá producción de información, a la recopilación o compilación de información que estuviese dispersa en los diversos departamentos o áreas de la institución, para fines de proporcionar resúmenes, cifras estadísticas o índices soli-

citados por el peticionario.

Art. 21.- Denegación de la Información.- La denegación de acceso a la información o la falta de contestación a la solicitud, en el plazo señalado en la ley, dará lugar a los recursos administrativos, judiciales y constitucionales pertinentes y, a la imposición a los funcionarios, de las sanciones establecidas en esta Ley.

TÍTULO QUINTO DEL RECURSO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

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 confidencial, 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) Apreensión, 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.

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.

