



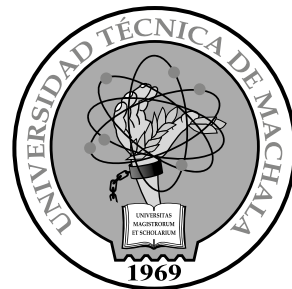
☑ Balances Constitucionales

Edición 2021

José Eduardo Correa Calderón
Compilador

Colectión: *Semana de la ciencia*

Editorial
UTMACH



Ediciones UTMACH

156 pág: 21x25,5cm

Colección Semana de la Ciencia

Título: Balances Constitucionales - Edición 2021

José Eduardo Correa Calderón (Compilador)

Primera edición - julio 2021

ISBN: 978-9942-24-146-7

CDD 340.56

Publicación PDF

Balances Constitucionales

Edición 2021

José Eduardo Correa Calderón

COMPILADOR

Autoridades

César Quezada Abad - **Rector**
Amarilis Borja Herrera - **Vicerrector Académico**
Jhonny Pérez Rodríguez - **Vicerrector Administrativo**

Luis Brito Gaona
Director de Investigación

© Ediciones UTMACH
Colección Semana de la Ciencia

Título original:

Balances Constitucionales

Edición 2021

ISBN: 978-9942-24-146-7

DOI: <http://doi.org/10.48190/9789942241467>

Libro con revisión de pares ciegos especializados

© José Eduardo Correa Calderón (**Compilador**)

© Autores de capítulos

Karina Lozano Zambrano
Jefe editor / Diseño y edición editorial
Edison Mera León - **Diseño de portada**

Fernanda Tusa Jumbo - **Corrector de estilos**
Jorge Maza-Cordova - **Asesor tecnológico**
Karla Ibañez y Cyndi Aguilar - **Equipo de difusión**

Primera edición

Julio 2021

Machala-Ecuador

Universidad Técnica de Machala - UTMACH

Correo: editorial@utmachala.edu.ec

Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional
(CC BY-NC-SA 4.0).

Contenido

La reparación integral como derecho
y principio: estudio aplicado a las
sentencias constitucionales de Machala,
Ecuador

11

El principio de exigibilidad de los
derechos constitucionales, experiencias
desde la Corte Constitucional del
Ecuador

37

La prueba en garantías jurisdiccionales:
Poderes Probatorios, Derecho de
Defensa, y Libertad Probatoria

67

Los Derechos del Buen Vivir, la polémica
entre el contenido esencial y exigibilidad

89

El Estado de Excepción en Ecuador:
deformación y abuso del poder a partir
de la Constitución de Montecristi

107

Los gobiernos regionales en el Ecuador:
análisis de las causas que han devenido
en una utopía constitucional

135

Pág.

Introducción

La Constitución de Montecristi ha superado la barrera de la primera década, suerte con la que no corrió la Constitución del 98 y muchas otras que han pasado por la vida republicana del Ecuador. Una Norma Constitucional que, como podemos recordar, se construyó fuertemente influenciada por las demandas de los movimientos sociales, necesita de una veeduría permanente por la sociedad y, por supuesto, por la academia. El ambicioso texto constitucional que fue aprobado por una abrumadora mayoría mediante referéndum, inclinó su balanza hacia el respeto a los derechos y abrió paso al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, permitiendo que la Constitución se convierta, como nunca antes, en norma viva para el ejercicio del derecho interno.

El amplio catálogo de derechos y el sistema de justicia constitucional que se inauguró en 2008, ha ido encontrando su camino a lo largo de estos primeros años, con muchos aciertos y tropiezos, pero sobre todo con la certeza de que llegó para quedarse. En ese sentido, el nacimiento de la Corte Constitucional y sus sentencias han jugado un papel fundamental, en función de lo cual, hoy por hoy, son de estudio obligatorio en las aulas universitarias y en el ejercicio profesional. Sin duda, la jurisprudencia constitucional es una importante herramienta del Estado en este proceso de refundación.

En virtud de lo expuesto, desde la Universidad Técnica de Machala esperamos aportar en ese indispensable ejercicio ciudadano de analizar de forma permanente el cumplimiento del proyecto constitucional, y ponemos en vuestra consideración la presente obra titulada “Balances Constitucionales”, que recoge varios trabajos

impulsados desde la Dirección de Investigación, la Carrera de Derecho y la Maestría en Derecho y Justicia Constitucional, en el marco de la Colección Semana de la Ciencia.

Así, el primer trabajo se titula “La reparación integral como derecho y principio: estudio aplicado a las sentencias constitucionales de Machala, Ecuador”, el cual es presentado por los profesores José Correa, Gabriel Orellana, Anibal Campoverde y Ruth Mosoco, y forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación denominado “*La reparación integral a las violaciones de derechos en las sentencias de garantías jurisdiccionales de los juzgados y tribunales de Machala*” en los años 2016 y 2017, que se llevó a cabo por parte del Grupo de Investigación en Derecho de la Universidad Técnica de Machala. El trabajo parte de la premisa de que no se podría alcanzar justicia sin que exista una reparación integral como consecuencia de la vulneración de derechos constitucionales que atenten contra la dignidad de las personas, repasa las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre reparación integral y evalúa su aplicación por parte de las juezas y jueces del cantón Machala, en la provincia de El Oro.

El segundo trabajo se titula “El principio de exigibilidad de los derechos constitucionales, experiencia desde la Corte Constitucional del Ecuador”, presentado por la Dra. Wendy Molina Andrade que, desde su experiencia como Jueza de la Corte Constitucional, con mucho acierto aborda las características del principio de exigibilidad a través de un nuevo paradigma constitucional que deja clara como finalidad material del Estado garantizar los derechos de las personas de una manera efectiva, reforzando el rol del Juez frente al resto de las funciones del Estado a fin de hacer de la Constitución una norma de aplicación directa en todas las esferas jurídicas.

El tercer trabajo se titula “La prueba en garantías jurisdiccionales: poderes probatorios, derecho a la defensa y libertad probatoria”, presentado por Diego Idrovo, catedrático de la Universidad de Cuenca y Profesor Invitado en la Maestría en Derecho y Justicia Constitucional, acompañado de María Caridad Rojas. En este trabajo podremos observar una dura crítica a la ausencia normativa sobre la actuación y práctica de la prueba en los procesos de garantías jurisdiccionales, resaltando la necesidad de contar con una efectiva regulación en este tema de trascendental importancia, cuyas reglas difieren abiertamente de las establecidas en el Código Orgánico General de Procesos.

El cuarto trabajo que ponemos en vuestra consideración se titula “Los derechos del buen vivir: la polémica entre contenido y exigibilidad”, el cual es presentado por Juan Cando Pacheco, profesor fundador de la Carrera de Derecho de la UTMACH.

En este trabajo analiza las diferentes corrientes de pensamiento que cuestionan la exigibilidad a los derechos sociales, así como las tensiones políticas sobre el origen y el contenido de los derechos sociales, entre los defensores de la tesis de que los derechos sociales son enunciados programáticos y aquellos que defienden la tesis de que los referidos derechos tienen la misma trascendencia que los derechos civiles y políticos.

Los dos trabajos finales tienen un valor especial, ya que recogen la participación de nuestros recién graduados y sus aportes producto de las investigaciones realizadas en sus procesos de titulación, cuyos trabajos finales fueron dirigidos por el profesor José Correa.

Así, el quinto trabajo de la presente obra realiza un balance sobre las atribuciones extraordinarias del Presidente de la República y se titula “El estado de excepción en Ecuador: deformación y abuso de poder a partir de la constitución de Montecristi”, bajo la autoría de Thalía Veintimilla y Belén Aguilera. En este capítulo, se realizan tres críticas necesarias: la primera respecto a la errada función preventiva que se le ha venido dando al Estado de Excepción; la segunda, enunciada como una deformación de la limitación del principio de territorialidad y temporalidad, donde se puede verificar más de un exceso por parte del Ejecutivo; y, la tercera crítica sobre el uso de las medidas extraordinarias como herramienta para el abuso de poder.

El sexto y último capítulo de esta obra, se titula “Los gobiernos regionales en el Ecuador: análisis de las causas que han devenido en una utopía constitucional” y sus autores son Alejandra Herrera y Ariel Córdova. La investigación trata de poner en evidencia las causas que han hecho imposible la consolidación de los Gobiernos Regionales que, sin duda, era una apuesta política del proyecto constitucional de Montecristi. Más de una década después, no se ha logrado conformar ningún Gobierno Regional y existe la sensación de que, al menos en un futuro cercano, pueda conformarse alguno. En ese sentido, la aspiración constituyente no pasa de ser una utopía que simplemente adorna la Constitución.

De esta forma, esperamos que los trabajos que presentamos sirvan para el debate académico y social, y que motiven la generación y publicación de nuevas investigaciones que analicen y evalúen el cumplimiento de nuestra Carta Constitucional.

CAP 1

La reparación integral como derecho y principio: Estudio aplicado a las sentencias constitucionales de Machala, Ecuador

José Eduardo Correa Calderón
William Gabriel Orellana Izurieta
Aníbal Darío Campoverde Nivicela
Ruth Karina Moscoso Parra

AUTORES

José Eduardo Correa Calderón

Universidad Técnica de Machala

jecorrea@utmachala.edu.ec

William Gabriel Orellana Izurieta

Universidad Técnica de Machala

worellana@utmachala.edu.ec

Aníbal Darío Campoverde Nivicela

Universidad Técnica de Machala

acampoverde@utmachala.edu.ec

Ruth Karina Moscoso Parra

Universidad Técnica de Machala

rmoscoso@utmachala.edu.ec

La reparación integral como derecho y principio: Estudio aplicado a las sentencias constitucionales de Machala, Ecuador

Contenido

Introducción. 1. La reparación integral como Derecho. 2. La reparación integral como Principio. 3. Aplicación de los precedentes de la Corte Constitucional en la justicia constitucional ordinaria: casos relevantes de las Unidades Judiciales con sede en el Cantón Machala y Salas de la Corte Provincial de El Oro, en los años 2016 y 2017. Conclusiones

Palabras clave: Reparación integral, Justicia, Derechos humanos.

Introducción

El presente trabajo se propone como parte de los resultados del Proyecto de Investigación denominado “*La reparación integral a las violaciones de derechos en las sentencias de garantías jurisdiccionales de los juzgados y tribunales de Machala*” en los años 2016 y 2017, que se llevó a cabo por profesores del Grupo de Investigación en Derecho de la Universidad Técnica de Machala; donde partimos de la idea de que no se podría alcanzar la justicia sin que exista una reparación integral como consecuencia de la vulneración de derechos constitucionales que atenten contra la dignidad de las personas.

En ese contexto, con la aprobación de la Constitución 2008, en el Ecuador toma fuerza la discusión sobre los asuntos de justicia constitucional, además que, en este nuevo escenario, aparece la Corte Constitucional como un órgano declarado como el de mayor rango en temas de control, interpretación y administración de justicia en esta materia. Entonces, los criterios de esta Corte, que tiene la facultad de emitir sentencias con carácter vinculante, resultan fundamentales al momento de definir el alcance de los preceptos constitucionales, de modo que el Estado Constitucional se complementa con el desarrollo de su jurisprudencia.

De esta forma, como parte de nuestra investigación, consideramos necesario que, previo al análisis de las sentencias en el escenario cantonal local y provincial, se atienda lo dicho por la Corte Constitucional a través de sus sentencias y resoluciones, con el objetivo principal de establecer la noción de reparación integral según su jurisprudencia. Al respecto, conocemos que el Art. 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que “en caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial”, concordante con lo establecido la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se establece que al Estado le corresponde adoptar las medidas pertinentes para asegurar la reparación integral derivada de vías de hecho que vulneran dichos derechos, como reza en los considerandos del mismo cuerpo de leyes citado.

Coincidiendo con la idea de que “el deber de reparar es uno de los principios del derecho de gentes y se proyecta en dos dimensiones, una internacional y otra interna” (Cárdenas & Suárez, 2014, pág. 36). La Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo referente en nuestro sistema jurisprudencial de dere-

chos humanos, en la sentencia de fecha 28 de noviembre del 2005 dentro del Caso Blanco Romero y otros vs Venezuela, así como en la sentencia de 07 de febrero de 2006 en el Caso Acevedo Jaramillo y otros vs Perú, se ha pronunciado indicando que “las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial” (Parr. 70), pues tenemos claro que “los derechos de las víctimas gozan de una concepción amplia, es decir que sus pretensiones no solo se agotan en la reparación económica, pues tienen derecho a ser tratadas con dignidad... y obtener la reparación integral de sus derechos”. (Cepeda & Ramírez, 2016, pág. 1063)

En este contexto, valiéndonos del análisis de las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador donde se ha desarrollado el concepto de reparación integral, expondremos ante la comunidad científico-jurídica nuestra percepción de la conceptualización que la Corte tiene sobre el tema, que en lo posterior nos servirá para contrastarlo con la actividad de las juezas y jueces constitucionales de primero y segundo nivel y que, a la par, esperamos sirva para su utilización en el litigio constitucional cotidiano.

La Corte Constitucional del Ecuador parte de las directrices que emanan desde los mandatos constitucionales. El numeral 3 del Art. 86 del Texto Constitucional determina que, como resultado de una acción de garantías jurisdiccionales, 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.

Dicho lo cual, de plano queda claro el reconocimiento que el constituyente hizo a la Reparación Integral y que logró plasmar en la Constitución del Ecuador.

A partir de aquello, siendo la Corte Constitucional el máximo órgano de interpretación, control y administración de justicia en materia constitucional, ha desarrollado la concepción de la Reparación Integral, dentro del cual, nuestra investigación identificó una suerte de doble dimensionalidad, considerándola tanto como un derecho que debe garantizarse, cuanto como un principio orientador con alcances ilimitados, según lo describimos a continuación:

1. La reparación integral como derecho

Para entender a los derechos subjetivos partimos de la idea tradicional de que son facultades o expectativas de una persona, siempre que sean reconocidas en una norma jurídica o que encuentren su fundamento en la dignidad de la persona humana, en otras palabras, son facultades de los individuos que “el ordenamiento jurídico debe reconocer” (Álvarez, 2001, pág. 28). La violación de un derecho, tiene como consecuencia constitucional inmediata diversos mecanismos para su auxilio que, a su vez, vienen acompañados de más derechos, como la tutela judicial efectiva o la reparación integral a la que hoy hacemos mención.

De alguna forma todos coexisten en el ordenamiento y dependen uno de otro, con igual jerarquía e importancia, con lo cual van quedando de lado aquellas corrientes que pretendían clasificar a los derechos por generaciones, haciéndonos creer que unos podían ser más importantes que otros, que unos eran fundamentales y otros, posiblemente, no.

El Juez Gaviria desde la Corte Constitucional en Colombia nos decía en uno de sus fallos que, “por ejemplo, el derecho a la salud, que no siendo a primera vista fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando se pone en peligro la vida de las personas”¹. Ecuador así lo ha dejado claro en su Constitución cuando introdujo el numeral 6 de su Art. 11 estableciendo que “todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”, es decir que, en el derecho constitucional ecuatoriano, no tenemos derechos de primer orden ni segundo o tercero, por el contrario, todos los derechos constitucionalmente reconocidos tienen igual valor, incluso aquellos que no tengan reconocimiento en el texto pero encuentran su fundamento en la dignidad de las personas.

Pues bien, y como ya hemos indicado, para la Corte Constitucional de Ecuador, la reparación integral “se constituye en un verdadero derecho que asegura la razón de ser de las garantías”². Esta concepción que hace la Corte debe ser entendida en el marco de nuestras afirmaciones anteriores, es decir, la reparación integral se constituye en el Ecuador como un derecho pleno, con igual valor y jerarquía que cualquier otro, cuya existencia, además, garantiza el objeto mismo de la existencia de las garantías.

¹Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 200 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz

²Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 050-15-SIS-CC, 14 de octubre de 2015

En esa misma línea, algunos autores destacan que “la reparación es un deber del Estado y un derecho de las víctimas en el país”. (Villa & Insuasty, 2015, pág. 425), no se alejan de lo que ocurre en el Ecuador. El Art. 88 de nuestra Carta Magna nos recuerda que cuando una jueza o juez constate la vulneración de derecho, además de declararla como tal en su sentencia, deberá también “ordenar la reparación integral, material e inmaterial”. Este mandato constitucional bien puede interpretarse como una orden directa a los administradores de justicia, pero más aún, se interpreta también como un derecho que se les reconoce a las personas, un derecho vivo, un derecho exigible, un derecho esencial y necesario para hacer verdadera justicia, no solo sancionando a los responsables, sino, además, adoptando medidas que le permitan a la víctima restituir, en lo posible, su situación al estado anterior a la vulneración.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional nos permite entender que la reparación integral son aquellas “medidas que se deben adoptar para alcanzar la restitución y remediación de este, mejorando la situación de los agraviados volviendo la situación al estado anterior a la vulneración, promoviendo que se realicen reformas a nivel político, administrativo o de otra índole para evitar futuras vulneraciones”³.

Agrega la sentencia antes mencionada, que “el alcance de la reparación integral es ilimitado”, lo cual se complementa con la Sentencia No. 004-13-SAN-CC, donde se señala que “dicha reparación debe alcanzar en mayor medida la restitución in integrum restituyendo, compensando o indemnizando para reparar material e inmaterialmente el daño ocasionado”⁴.

Palabras más, palabras menos, se puede colegir que el derecho a la reparación integral se materializa a través de todas las medidas tendentes a la restitución y remediación total de cualquier derecho vulnerado y consecuentes afectaciones, por actuaciones públicas o privadas, en forma ilimitada, es decir, no ciñéndose únicamente a la restitución al estado anterior de la violación del derecho y/o al aspecto económico indemnizatorio sino también al plano inmaterial o extra-patrimonial, que, además, asegure el proyecto de vida, la satisfacción plena y la garantía de no repetición.

La Corte Constitucional del Ecuador guarda plena congruencia con los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos incluso reconociendo que la repa-

³Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 019-12-SEP-CC, 06 de junio del 2012

⁴Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 004-13-SAN-CC, 25 de junio del 2013

ración integral debe ser entendida como un verdadero derecho constitucional que exige su garantías, asistiéndole a toda persona afectada por el menoscabo de un derecho constitucional; es decir, si bien tiene por objeto o finalidad el garantizar la reparación plena de un derecho vulnerado, es un derecho en sí mismo a favor de las personas, que debe ser aplicado de manera obligatoria en todos los casos en los que se reconozca la existencia de la conculcación de un derecho reconocido en la Constitución.

Finalmente, si entendemos que la reparación integral es un derecho subjetivo en sí mismo, deben existir precedentes que garanticen su cumplimiento, como en efecto los tenemos. El fallo anteriormente citado del año 2013, recuerda la obligación de garantizar este derecho, y recoge el mandato contenido en el numeral 3 del Art. 86 de la Constitución, indicando que es correcto deducir que todas las sentencias de garantías jurisdiccionales “deben necesariamente contener la disposición de reparación integral en la parte resolutive de la decisión constitucional.”⁵

2. La reparación integral como principio

La jurisprudencia de la Corte Constitucional señala, también, que reconoce a la reparación integral como un “principio orientador, internacionalmente reconocido y aceptado como norma consuetudinaria que opera para reparar consecuencias de vulneración de derechos”⁶. Los principios “son la expresión jurídica de los valores más altos del ordenamiento jurídico, que están radicados en el ser, que es fin y razón de ser del ordenamiento jurídico-constitucional, y allí es en donde reside en última instancia la fuerza de su exigibilidad” (Suárez J. , 2016, pág. 11).

En ese sentido, la concepción de reparación integral como principio previene de la necesidad de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de las personas, especialmente en lo que respecta a la restauración o el resarcimiento de los daños generados por la violación o vulneración de sus derechos.

El reconocimiento internacional al que se hace referencia, se encuentra desarrollado en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de los informes de la Comisión y/o de las Sentencias de la Corte. Así, en aplicación del derecho internacional de respetar y garantizar que se respeten los derechos huma-

⁵Ibídem

⁶Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 060-15-SIS-CC, 15 de marzo de 2016

nos y las libertades fundamentales, cuando se produce la violación de un derecho humano se le da inmediatamente a la víctima el derecho a obtener una reparación y se impone al Estado no solo el deber de concederla, sino también la responsabilidad de prevenir las violaciones, investigarlas y tomar medidas apropiadas contra los autores; procurando de esa manera aliviar el sufrimiento de la o las víctimas y hacer justicia a través de la eliminación o corrección de los resultados de la vulneración, además de velar por la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición del acto u omisión a favor (Van Boven, 2017).

Como principio, la reparación integral, pretende presupuestar estándares sobre la medida en que los responsables de las violaciones de derechos constitucionales deben restaurar o restituir a las víctimas el daño que hubieren causado por sus actos, que no pueden estar instrumentados de forma total en las normas, sino que deben ser desarrollados a la luz de los postulados que sirven como orientación al juez de garantías, incluso con alcances ilimitados “siempre y cuando se proteja la justicia, los valores y principios consagrados en la Constitución”⁷.

La reparación integral como principio debe tomar en consideración que, en la actualidad, el concepto de víctima “no se restringe a la condición pasiva del sujeto receptor del daño directo, también se incluye a los impactados indirectamente” (Vera, 2008, pág. 12), donde se suman los colectivos humanos, las personas jurídicas y otras asociaciones, las personas afectadas por el delito aunque no se sientan victimizadas y a toda víctima independientemente de su tipo de relación con el victimario y de su propia conducta en el momento de sufrirlo⁸. Bajo esta premisa, la reparación integral no se relaciona de forma exclusiva con la persona a quien se violaron o vulneraron los derechos, sino, de todos a quienes de forma directa e indirecta se hubiera ilegalmente limitado o afectado su ejercicio.

Aceptar la idea de la reparación integral como principio, implica su reconocimiento ilimitado que le permite a los juzgadores desechar los estándares únicos en la solución de los casos, por el contrario, les da amplia libertad para adecuarlos de forma individual de acuerdo al caso concreto, recordando que su obligación consiste también en “buscar los mecanismos y medios adecuados para alcanzar el restablecimiento de los intereses afectados de las víctimas, tarea en la cual es impe-

⁷Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 019-12-SEP-CC, 06 de junio de 2012

⁸Ibídem, p.739

rativo hacer uso de todos los medios a su alcance, se trate de perjuicios materiales o inmateriales” (Sandoval, 2013, pág. 247). Villa Gómez & Insuasty Rodríguez (2015) indican que:

el proceso de reparación es complejo en la medida en que no puede aparecer como una fórmula copiada y aplicada al pie de la letra, es necesario, además, que este se haga dentro de una lectura del contexto, responsable, profunda y compleja, que considere a los actores protagonistas (las víctimas y las comunidades azotadas por el conflicto), las temporalidades y las necesidades propias de la gente, apuntando realmente a la satisfacción de las mismas (Villa & Insuasty, 2015, pág. 428).

En esa misma línea, la Corte Constitucional del Ecuador estableció que:

Los jueces constitucionales se encuentran en la obligación de ser creativos al momento de determinar las medidas de reparación integral que dentro de cada caso puesto a su conocimiento deban ser establecidas, a fin de que la garantía jurisdiccional sea efectiva y cumpla su objetivo constitucional (...) De esta forma, los operadores de justicia deben asumir un rol activo a la hora de resolver una garantía constitucional, buscando los medios más eficaces de reparación que cada caso requiera, sin que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional sea aplicada de forma restrictiva para ello⁹.

Al final, podemos aceptar la concepción de la reparación integral como un principio orientador con alcances ilimitados, dado que el carácter abstracto que se ha dado a su instrumentalización en el sistema de justicia, no impide en forma alguna que este cumpla con su objetivo de restituir o restaurar el daño sufrido por la violación de un derecho.

Entonces, la integración del principio de reparación integral en el sistema de justicia ecuatoriano, presupuesta a que su aplicación no se rija de forma estricta a lo establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, puesto que la aplicación matemática de la normativa, implicaría reducir inconstitucionalmente el ejercicio del derecho a la reparación integral, y en este mismo sentido, restringir a los jueces constitucionales su aplicación como tal, alejándonos de la lógica de que “el objetivo de la justicia constitucional es el de perfeccionar la

⁹Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 146-14-SEP-CC, 27 de octubre de 2014

democracia y alcanzar todos los ideales plasmados en la Constitución”. (García, 2013, pág. 18)

Para la aplicación de este principio, una publicación de la propia Corte Constitucional del año 2018 denominada “Reparación Integral” (Ruiz, Aguirre, & Ron, 2018). Nos explica las diferentes formas que tienen las juezas y jueces para llevarlo a cabo. Se diferencian las medidas de restitución como dejar sin efecto una sentencia, realizar nuevamente un proceso judicial, reincorporar a la víctima a su cargo, restablecer la libertad o restituir bienes y valores; medidas de rehabilitación; medidas de satisfacción como disculpas públicas, medidas de concientización y memoria o la publicación de los fallos; medidas de obligación de investigar los hechos, además de determinar y sancionar a los responsables; medidas de reparación material; y, medidas que garanticen la no repetición del daño como reformas normativas, capacitaciones al personal o la adopción de medidas administrativas.

3. Aplicación de los precedentes de la Corte Constitucional en la Justicia Constitucional ordinaria: casos relevantes de las unidades judiciales con sede en el Cantón Machala y salas de la corte provincial de El Oro, en los años 2016 y 2017

Siguiendo la lógica del método deductivo, en cuyo razonamiento “primero deben conocerse las premisas para que pueda llegarse a una conclusión” (Dávila, 2006, pág. 186), se consideró importante identificar los hechos del caso, la pretensión, el problema jurídico y el fallo, además, es indispensable verificar la forma en que los parámetros de la Corte Constitucional del Ecuador están siendo aplicados en la justicia constitucional ordinaria de primero y segundo nivel, para lo cual se pudo acceder al cien por ciento de las sentencias de garantías jurisdiccionales que fueron emitidas en la ciudad de Machala en los años 2016 y 2017, las mismas fueron sometidas al análisis jurídico y estadístico dentro de nuestra investigación. Machala, es la capital de la Provincia de El Oro, provincia ubicada al sur del Ecuador y que tiene frontera con el hermano país peruano. Tiene una población que sobrepasa los doscientos cuarenta y cinco mil habitantes según los datos proporcionados por el (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos., 2010) que la ubica como la quinta ciudad más poblada del Ecuador y que fue escogida por los autores con el objetivo de hacer un análisis local al pertenecerse a la Universidad Técnica de Machala, de la misma ciudad.

Por otro lado, a modo de aclaración, en el Ecuador todos los derechos son justiciables, para lo cual existen diferentes mecanismos que se ejercen a través de garantías primarias y secundarias que contempla nuestro modelo constitucional. Si bien existe un modelo de control concentrado de constitucionalidad ejercitado por un órgano autónomo y superior denominado Corte Constitucional, ésta conoce las “acciones por incumplimiento”, “acciones de incumplimiento”, y “acciones extraordinarias de protección” contra las sentencias de la justicia ordinaria y justicia indígena, es decir, llegan a su conocimiento sólo cuando lo previo ha fracasado, por lo tanto, la mayor carga procesal de justicia constitucional la tienen los jueces de primera instancia, quienes conocen y resuelven “acciones de protección”, “acciones de hábeas corpus”, “acciones de hábeas data” y “acciones de acceso a la información pública”, es decir, los jueces de la justicia ordinaria se transforman en jueces constitucionales al momento de conocer una acción de garantías jurisdiccionales.

En esa línea de ideas, según la investigación realizada, entre los años 2016 y 2017, en la ciudad de Machala se conocieron un total de doscientas tres (203) acciones de garantías jurisdiccionales, entiéndase: acciones de protección de derechos, petición de medidas cautelares autónomas, acciones de acceso a la información, hábeas data y hábeas corpus. Ciento once (111) acciones jurisdiccionales fueron presentadas en el año 2016 y noventa y dos (92) en el año 2017, conforme lo refleja la siguiente figura:

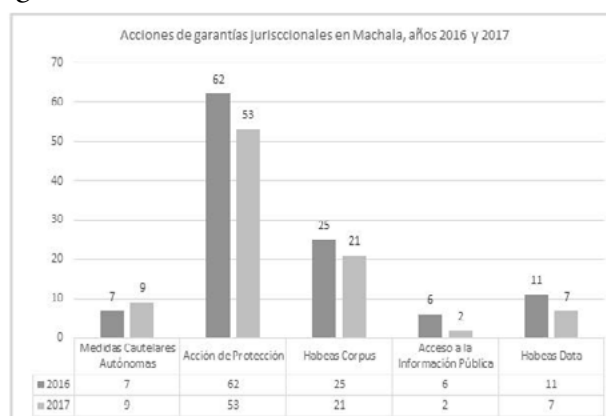


Figura 1. Fuente: Consejo de la Judicatura – El Oro

Elaborado por: Los autores

De éstas acciones, muy pocas fueron admitidas y un gran número de acciones fue inadmitida o declarada sin lugar, a lo que sumamos –y hemos dado la categoría

de “otro”– un pequeño número de demandas que por diferentes razones fueron archivadas, ya sea por allanamientos, desistimientos o, inclusive, algunas que nunca concluyeron su trámite. En el año 2016 se aceptaron el 18,02% de las acciones jurisdiccionales presentadas y se negaron el 52,25%, sumado el 29,73% de los casos que fueron archivados por otros motivos; mientras que en el año 2017 se aceptaron el 18,48% y se negaron el 60,87%, sumado el 20,65% de casos archivados o desestimados. Es decir, tanto en el año 2016 como en el 2017 el porcentaje de acciones admitidas no llega ni siquiera al veinte por ciento, tal y como reflejamos en los siguientes dos cuadros:



Figura 2. Fuente: Consejo de la Judicatura – El Oro
Elaborado por: Los autores

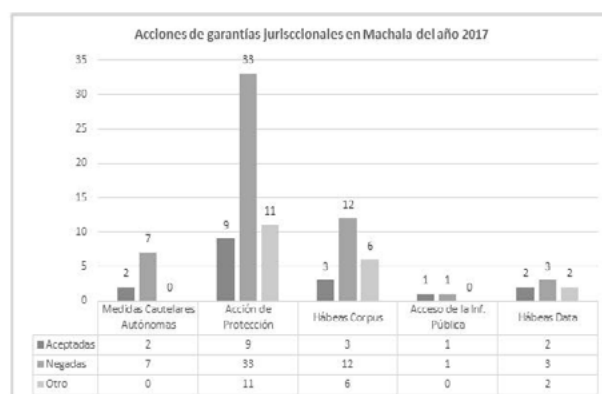


Figura 3. Fuente: Consejo de la Judicatura – El Oro
Elaborado por: Los autores

Con estos datos, al momento de hacer el proceso de revisión de las sentencias emitidas por las Unidades Judiciales con sede en el Cantón Machala y Corte Provincial de El Oro y evaluar si la aplicación de la reparación integral en la justicia constitucional ordinaria han observado tanto las directrices impartidas por la Corte Constitucional así como los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pudimos encontrar algunos fallos que marcaban la diferencia en cuanto a las formas de reparación que los jueces utilizaron, evidenciando de alguna forma aquel factor de creatividad que se les exige para lograr una reparación tanto material como inmaterial. A continuación, detallamos las formas de reparación adoptadas:

En el Caso No. 07333-2016-01440, donde una lista había sido descalificada de unas elecciones gremiales vulnerando sus derechos de participación, la Jueza Constitucional de primera instancia resolvió aceptar la acción de protección de protección propuesta, y ordenó como de medidas de reparación integral:

(...) disponiéndose como REPARACIÓN INTEGRAL, que los accionados convoquen a nuevas elecciones para elegir a los miembros del Consejo Directivo de la XXX, estableciendo las normas claras que van a regir el proceso electoral inclusive resolver con anticipación la determinación de la fecha de la conformación del padrón electoral, esto es, se precise la fecha de corte en el pago de las cuotas de los afiliados, para que con ello, quienes deseen postularse estén al día en sus cuotas, dando cumplimiento a lo establecido en el Art. 83 de la Constitución de la República del Ecuador, referente a los deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, de participar en la vida política, cívica y comunitaria, de manera honesta y transparente (...)

En un caso similar de No. 07283-2016-00052, donde se demandaba la vulneración al debido proceso y, consecuentemente, a los derechos de participación en unas elecciones universitarias por cuanto se había impuesto una sanción sin que previamente se haya agotado el debido proceso impidiendo el ejercicio del derecho a la defensa, la Jueza Constitucional de primera instancia, de la Unidad Judicial de Garantías Penales con sede en el Cantón Machala, resolvió aceptar la acción de protección de protección propuesta, y ordenó como de medidas de reparación integral las siguientes:

(...) y como RESTITUCIÓN DEL DERECHO: 1.- se deja sin efecto la ejecución de sanción en contra del accionante, contenida en el oficio NT-TEFAL- N°XXX, emitido el día 29 de enero del 2016 que contiene la suspensión de un día de campaña de XXX, de la cual oportunamente la suscrita jueza emitió la medida cautelar para que dicho movimiento pueda ejercer el derecho de realizar campaña a partir de la hora que fueron notificados. 2.- *Se dispone en el Reglamento de Elecciones para renovar el directorio de XXX se incorpore un capítulo en el que se norme el proceso sancionatorio a aplicar en el caso de vulneración de dichas normas, con el fin de garantizar la seguridad jurídica y el derecho a la defensa de quienes pudieran incurrir en infracciones, obligación que quedó en conocimiento del accionado desde que la suscrita emitió su sentencia de forma verbal en audiencia para la presente y futuros procesos de elección... dispongo como medida de reparación que el tribunal electoral a través de su representante pida disculpas públicas al accionante por habersele privado de dicho derecho, a través de un medio de comunicación, de cuyo cumplimiento que se presentará constancia física en esta unidad judicial... Para el seguimiento del cumplimiento de la presente sentencia se delega al defensor del pueblo de esta ciudad de Machala de conformidad al Art. 21 de la LOGJCC, a quien se le hará conocer mediante oficio con copia certificada de ésta resolución (...)*

En el mismo caso, pero en segunda instancia, la Sala de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro indicó:

(...) y como RESTITUCIÓN de los derechos vulnerados, reconocidos en el Art. 76.7.a), b), c), h), l) de la Constitución de la República del Ecuador, se deja sin efecto la sanción en contra del accionante, contenida en el oficio NT-TEFAL- N°XXX, emitido el día 29 de enero del 2016, que contiene la suspensión de un día de campaña de integración Universitaria en las elecciones estudiantiles. *Como reparación integral al Movimiento XXX, se dispone que el Tribunal Electoral a través de su Presidente, pida disculpas por escrito al accionante, en cuyo texto se incluirá las garantías de que el hecho no se repetirá, de cuyo cumplimiento que se dejará constancia procesalmente (...)*

En los casos transcritos No. 07333-2016-01440 y No. 07283-2016-00052 podemos observar que los jueces constitucionales de primer nivel de las unidades judiciales con sede en el Cantón Machala no agotan su fallos con la declaratoria de vulneración de derechos y la restitución de la situación al estado anterior, sino que

además, acoge el criterio de la Corte Constitucional respecto de la garantía de no repetición¹⁰ con el objeto de que no se vuelvan a verificar las acciones transgresoras, como ocurre en estos casos en los que ordenan a la institución pública demandada ha accionar su capacidad legislativa para que, en primera instancia, reglamente todo el proceso de elecciones incluyendo a la parte operativa – administrativa detallando minuciosamente el proceso electoral, y, en segunda instancia, modifique el Reglamento de Elecciones existente incorporando un capítulo en el que coste el régimen disciplinario; con la finalidad de garantizar tanto la seguridad jurídica y el derecho a la defensa como también asegurar completamente el derecho a elegir y ser elegido no solo para los casos tratados sino también para las elecciones futuras con los mismos o nuevos actores políticos.

En el Caso No. 07205-2016-00532, que gira en torno al trato discriminatorio y racista del Teniente Coronel XXX en contra del Cabo XXX, su subordinado, que incomprensiblemente fue negado por la Jueza Constitucional de primera instancia de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores con sede en el Cantón Machala, bajo el horroroso argumento de que “el accionante no ha sido objeto de discriminación, al no haber sido separado de sus funciones, y al no haber sido restringido sus derechos (entendiendo, laborales o remunerativos) como servidor Público”, en la segunda instancia, sustanciada en la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de El Oro se corrige los errores y resolvió aceptar la acción de protección propuesta, y ordenó como de medidas de reparación integral:

(...) ordenando como reparación integral, lo siguiente: 1.- Se prohíbe al Teniente Coronel XXX, se vuelva a referir en términos racistas o discriminatorios en contra del Cabo XXX ya sea de manera pública o privada, debiendo respetar la igualdad de todos sin distinción ante la ley; y, 2.- *Que el Teniente Coronel XXX, pida disculpas públicas al Cabo XXX, en un acto castrense donde estén presentes la mayoría de los integrantes de la Brigada a la que se pertenece; para su cumplimiento se oficiará al Jefe de la Brigada de Infantería Motorizada XXX de El Oro, quien establecerá el día y hora para dicho acto que se llevará a efecto dentro de los 15 días contados a partir de su notificación; ceremonia que con-*

¹⁰Véase: Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 146-14-SEP-CC, 01 de octubre de 2014

tará con la presencia del Defensor del Pueblo de El Oro, quien verificará se cumpla en la forma ordenada en esta sentencia e informe a la Jueza de primer nivel, para lo cual es obligación del jefe de la Brigada hacer conocer el día y hora en que se efectuará el acto (...)

En este caso, nótese la forma en que el Juez de Primera Instancia, para negar la acción constitucional, sólo analizó las circunstancias y derechos de carácter laboral que se materializan en el aspecto económico y que son susceptibles de cuantificación exacta; error que fue corregido por los jueces de apelación en la Sala de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, ya que en segunda instancia se analizó también la afectación psicológica y moral de la cual fue objeto el accionante y que no tiene necesariamente un base reglamentaria interna de la institución a la cual pertenece el demandado o una fácil apreciación monetaria, cumpliendo de esta forma con los parámetros de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ordenando que se ofrezcan disculpas públicas, las mismas que se encuentran comprendidas dentro de las medidas de satisfacción de carácter simbólico¹¹.

La reparación, entonces, no solo que guarda atención e interés en la materialidad de las cosas, sino también en medidas inmateriales que buscan la íntegra reparación del ser humano, a fin de resarcir los daños ocasionados a los derechos como la honra, la identidad, la integridad psicológica, igualdad y no discriminación, entre otros.

En el Caso No. 07205-2016-01459, donde una asociación de comuneros comparece con el objeto que se les entregue formalmente en custodia un área de los salitrales de la zona de playa para asegurar su preservación y conservación en estado natural y libre de cualquier amenaza destructiva de su frágil ecosistema o apropiación arbitraria del mismo, la Jueza Constitucional de primera instancia de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores con sede en el Cantón Machala,, resolvió aceptar la acción de protección de protección propuesta, y ordenó como de medidas de reparación integral:

(...) no obstante de ello esta autoridad se encuentra en la obligación de precautelar y velar por que no se realicen actos indebidos sin las respectivas autorizaciones de la entidades respectivas, en virtud de aquello se ordena: *QUE SE PARALICE la construcción de la piscina camaronera que se encuentra en*

¹¹Véase: Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 273-15-SEP-CC, 19 de agosto de 2015

el sitio XXX, hasta que los mencionados comuneros o personas que habitan en el sitio XXX, relacionadas e interesadas con esa actividad pudiesen obtener los permisos respectivos... 4.- Dentro del expediente no se cuenta con una cuantificación de daños por lo que *se dispone que el Ministerio de Medio Ambiente con sede en esta Provincia, realice todas las inspecciones necesarias, por cuanto son ellos a quienes les corresponde, en el momento de determinar que exista alguna afectación* y en el presente caso por haber observado que se continúan realizando labores se encuentran en la obligación de intervenir en forma inmediata en el sitio XXX, a efectos que determine si existe algún otro tipo de afectación, cuantifique daños y se encargue de disponer el resarcimiento de daños ocasionados. 5.- Remítase fotocopias certificadas, de las piezas procesales relevantes e informes realizados, *al Ministerio de Acuacultura para que proceda a realizar la intervención directa y las investigaciones necesarias a efectos de precautelar que se no se construya en forma indebida piscinas camarónicas.* 6.- Con el objeto de precautelar que la remoción de suelo o las actuaciones que han realizado los gestores del presunto daño ambiental no se configure en un delito, *se dispone que se remita fotocopias certificadas de las mismas piezas procesales dispuesta en el numeral precedente, a la fiscalía de El Oro, para que sea esta entidad la que investigue determine si existe el cometimiento de algún delito* y quienes son los responsables (...)

A lo largo de sus líneas jurisprudenciales, la Corte Constitucional también ha hecho eco de la obligación de investigar, establecer responsables y sancionar como parte de la reparación integral, lo cual está ligado al derecho a la verdad de las víctimas¹², en el cual no solo que se incluye el resarcimiento monetario sino también el acceso y materialización del derecho a la justicia y al conocimiento de la verdad objetiva o por lo menos judicial. En la sentencia citada, la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores con sede en el Cantón Machala acoge el parámetro de la Corte Constitucional y no solo que ordena la suspensión de los hechos vulneradores sino que permite que los accionantes accedan a los permisos que requieren para proteger sus derechos, librándose de los efectos de cualquier plazo establecido en la ley, por tanto, eliminando cualquier impedimento legal que pudiere obstaculizar la reparación integral y el derecho a la verdad en todas sus

¹²Véase: Corte Constitucional, Sentencia No. 163-12-SEP-CC, 19 de abril de 2012

facetas; además, se dispone intervenciones directas al Ministerio de Acuicultura y al Ministerio del Medio Ambiente, con el ánimo de investigar y sancionar, incluso en el ámbito penal, debiendo remitirse el caso a la Fiscalía General del Estado.

En el Caso No. 07283-2016-00360, donde el señor XXX demanda al IESS con el objeto de acceder a los beneficios de las prestaciones de jubilación en virtud de haber cumplido con los requisitos establecidos en la Ley, recibiendo una negativa por parte del accionado por cuanto su empleador registra aportes pendientes de pago, el Juez Constitucional de primera instancia, de la Unidad Judicial de Garantías Penales con sede en el Cantón Machala, resolvió aceptar la acción de protección de protección propuesta, lo cual fue ratificado en segunda instancia en la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de El Oro, y ordenó como de medidas de reparación integral:

(...) como Restitución del derecho vulnerado dispongo: 1.- *Que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de El Oro, formalice y dé el trámite que corresponde a la solicitud de Jubilación por Vejez, presentada por el accionante señor XXX, por cuanto cumple con lo determinado en el Art. 188, de la Ley de Seguridad Social (...)*

En el Caso No. 07371-2016-00744, el Juez Constitucional de primera instancia de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el Cantón Machala, con fundamento en una inspección in situ donde recogió versiones de moradores que no se sentían afectados, negó el pedido de la señora XXX que demandaba la vulneración de su derecho a la salud, el cual se encontraba afectado debido a los desechos de los derivados de hidrocarburos de un taller mecánico artesanal ubicado cerca de su domicilio, fallo que posteriormente fue revocado en segunda instancia por los jueces de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de El Oro, quienes resolvieron aceptar la acción de protección de protección propuesta, y ordenaron como de medidas de reparación integral:

(...) Se Acepta el recurso de apelación interpuesto por la accionante señora XXX disponiendo: *Que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Machala, en el plazo de SESENTA DIAS, reubique en una zona destinada para estas actividades de mecánica automotriz al Taller Automotriz del señor XXX ubicado en las calles XXX de la Ciudadela XXX de esta Ciudad de Machala, de conformidad como lo establecen los Arts. 54, 55 y 466 de la COOTAD (...)*

En estos dos últimos casos, en el que se observa como denominador común que la omisión de los demandados de cumplir la ley provoca el no poder ejercer el derecho a la jubilación y el derecho a la salud de los accionantes, respectivamente; podemos observar la forma en que los Jueces del cantón Machala disponen la adopción de medidas administrativas específicas, tanto al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social al continuar con el trámite de jubilación, pese a que formalmente el afiliado no cumplía con el número de aporte patronales por la falta de pago del empleador al IESS o como ocurre con el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal con la reubicación de un negocio, lo cual permite verificar que en la justicia constitucional los jueces no deben limitarse al análisis del cumplimiento rígido de una norma sino que deben actuar inclusive por sobre estos formalismos en búsqueda de la justicia a través de la reparación integral de la víctima, ratificando su carácter de derecho ilimitado y protector de la justicia, los valores y de los principios consagrados en la Constitución de la República tal y como también lo ha hecho la Corte Constitucional adoptando medidas que logren reparar integralmente los daños causados (Ruiz, Aguirre, & Ávila, 2016).

Si entendemos a la reparación integral como principio orientador, como en efecto se lo hace, cada reparación debe adaptarse a cada caso, de forma ingeniosa y adecuada afirma la Corte, razón por la cual, consideramos oportunas las medidas adoptadas en las sentencias citadas, dando cumplimiento a los parámetros.

Varios doctrinarios coinciden que “en el campo de la justicia y concretamente en las sentencias es posible realizar un análisis de la personalidad del juez”. (Escobar, 2007, pág. 296), sin embargo, en el sistema de justicia constitucional ecuatoriana aun es difícil precisar en ese análisis, ya que es reciente la forma con que va creciendo la actividad judicial en esta rama y con una dosis interesante de lo que se conoce como activismo judicial, en tanto y cuanto “atañe a una manera específica en la que se implican los jueces en los asuntos públicos”. (Feoli, 2015, pág. 182), en donde, si bien la mayoría de demandas son archivadas o inadmitidas, podemos observar importantes iniciativas de los jueces en procura de la defensa de los derechos constitucionales de los peticionarios.

De las sentencias citadas, se aprecia la preocupación del juez constitucional, de las unidades judiciales con sede en el Cantón Machala y Salas de la Corte Provincial de El Oro, de no solo cumplir con las directrices de la Corte Constitucional y parámetros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sino también de la existencia de ese factor de creatividad que tiene como prioridad lograr remediar

los daños causados, así como la intención de prevenir nuevos hechos similares. Las reparaciones integrales incluyeron la orden de pedir disculpas públicas, reformar Reglamentos, reubicar establecimientos e, incluso, suspender la explotación camaronera en una zona de playa con el objeto de remediar los daños ambientales ocasionados. En fin, podemos afirmar que la justicia constitucional ordinaria va dando muestras de su clara intención de ajustarse a la corriente garantista que exige el nuevo modelo constitucional ecuatoriano.

Conclusiones

1. Según su jurisprudencia, en la noción de la Corte Constitucional se reconoce a la reparación integral como consecuencia lógica de las garantías jurisdiccionales, considerándola como un derecho plenamente exigible de las personas y como un principio orientador con alcances ilimitados, que exige al juez constitucional ser creativo al momento de determinar las medidas de reparación integral, a fin de que cada una de las garantías jurisdiccionales sean efectivas y cumplan su objetivo constitucional.

2. La reparación integral como derecho debe entenderse como aquella facultad y expectativa que tienen las personas, en respuesta directa a una vulneración de sus derechos, o de sus familiares cuando el afectado no pueda hacerlo directamente, para exigir al Estado que, una vez reconocida dicha vulneración por el órgano jurisdiccional competente, sea resarcido de forma material e inmaterial, patrimonial y extrapatrimonial, asegurando su no repetición.

3. La reparación integral como principio supera las limitaciones normativas y permite la aproximación a la plena restauración de los derechos de las personas a quienes se hubiera vulnerado un derecho constitucional, instituyendo en el derecho nacional e internacional, estándares y parámetros mínimos como forma de reparación, y a su vez, permitiendo que su aplicación no se limite a normativas infraconstitucionales.

4. La justicia constitucional ordinaria en el Ecuador apuesta por su adaptación a la corriente garantista implementada con la Constitución de 2008, mediante la aplicación de las directrices impartidas por la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, siendo creativos y diversos al momento de reparar integralmente las vulneraciones de derechos, incluso anticipando y/o previniendo casos futuros

con la finalidad de dejar a salvo los derechos constitucionales de los demandantes y ciudadanos en general.

5. En nuestra investigación, pudimos observar algunos fallos donde los jueces de las Unidades Judiciales del Cantón Machala, y sus superiores en las Salas Especializadas de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, comprenden y acogen los criterios y los parámetros de la Corte Constitucional sobre la reparación integral, sin embargo, solo representan pequeños avances debido al mínimo dieciocho por ciento (18%) de garantías jurisdiccionales que son aceptadas y, entre las aceptadas, son excepcionales los casos donde los jueces reparan de forma creativa para la plena satisfacción de los derechos. Podríamos decir que en el Ecuador vamos por buen camino, pero seguimos ahí, todavía en el camino.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, I. (2001). Sobre el concepto de derecho subjetivo de Hans Kelsen. *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, 17, 27-74. Obtenido de <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:BFD-2001-17-C830506E>
- Cárdenas, M., & Suárez, I. (2014). Aplicación de los criterios de reparación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Consejo de Estado colombiano. *Opinión Jurídica*, 13(26), 33-48. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94535421003>
- Cepeda, E., & Ramírez, C. (2016). Reparación integral de niños víctimas de los delitos sexuales en Colombia. restricciones y posibilidades a la luz de la jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho*, 43(3), 1057-1080. Obtenido de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v43n3/art12.pdf>
- Dávila, G. (2006). El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales. *Laurus*, 12(Ext), 180-205. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=76109911>
- Escobar, L. (2007). La actividad judicial. El texto frente a la realidad. *Vniversitas* (114), 291-317. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82511410>

- Feoli, M. (2015). El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial. *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, 22(2), 173-198. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371043382006>
- García, L. (2013). ¿Ideal democrático? Del activismo judicial a la constitucionalización del derecho. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, 13(25), 17-32. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100230029002>
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (2010). *Población y Demografía*. Obtenido de <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/censo-de-poblacion-y-vivienda/>
- Ruiz, A., Aguirre, P., & Ávila, D. (2016). *Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional: Periodo noviembre de 2012 - noviembre de 2015*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Ruiz, A., Aguirre, P., & Ron, X. (2018). *Reparación integral: análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador .
- Sandoval, D. (2013). Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de la víctima. *Revista de Derecho Privado*(25), 237-273. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/4175/417537443010.pdf>
- Suárez, J. (2016). El fundamento de los principios jurídicos: una cuestión problemática. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 16(30), 51-61. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/1002/100246672002.pdf>
- Van Boven, T. (2017). *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*.
- Vera, D. (2008). Desarrollo internacional de un concepto de reparación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario: complementos a la perspectiva de la ONU. *Papel Político*, 12(2), 739-773.
- Villa, J., & Insuasty, A. (2015). Significados en torno a la reparación, la ayuda humanitaria, la indemnización y la restitución en víctimas del conflicto armado en el municipio de San Carlos. *El Ágora USB*, 15(2), 419-445. doi:10.21500/16578031.1623

Jurisprudencia citada

Aguilar con Municipio de Machala (2016): Sala de lo Civil de la Corte Provincial de El Oro, 31 de enero de 2017. Sentencia dentro del Caso No. 07371-2016-00744. En <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/>

Centro de Desarrollo Comunitario de Las Casitas "CEDECO" con Ministerio de Ambiente (2016): Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores con sede en el Cantón Machala, 02 de septiembre de 2016. Sentencia dentro del Caso No. 07205-2016-01459. En <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/>

Cortez con Cabrera (2016): Sala de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de El Oro, 22 de marzo de 2016. Sentencia dentro del Caso No. 07205-2016-00532. En <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/>

Hidalgo Martínez, Norma Guadalupe (2012): Corte Constitucional, 06 de junio de 2012. Acción Extraordinaria de Protección. Sentencia No. 019-12-SEP-CC, dentro del Caso No. 0440-09-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 718.

Martínez Rosero, Leonel Segundo (2015): Corte Constitucional, 14 de octubre de 2015. Incumplimiento de Sentencias y Dictámenes. Sentencia No. 050-15-SIS-CC, dentro del Caso No. 0059-10-IS, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 607.

Masabanda Espín, Claudio Demetrio (2013): Corte Constitucional, 25 de junio de 2013. Acción por Incumplimiento. Sentencia No. 004-13-SAN-CC, dentro del Caso No. 0015-10-AN, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 22.

Movimiento Integración Universitaria con Tribunal de Elecciones (2016): Unidad Judicial de Garantías Penales con sede en el Cantón Machala, 05 de febrero de 2016. Sentencia dentro del Caso No. 07283-2016-00052. En <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/>

Muñoz Vélez, Fausto Enrique (2015): Corte Constitucional del Ecuador, 19 de agosto de 2015. Acción Extraordinaria de Protección. Sentencia No. 273-15-SEP-CC, dentro del Caso No. 0528-11-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 629.

- Palacios Palacios, Víctor Raúl (2014)*: Corte Constitucional, 5 de diciembre de 2014. Incumplimiento de Sentencias y Dictámenes. Sentencia No. 024-14-SIS-CC, dentro del Caso No. 0023-12-IS (Regla Jurisprudencial), publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 390.
- Ramírez Enríquez, Luis Jorge (2014)*: Corte Constitucional, 27 de octubre de 2014. Acción Extraordinaria de Protección. Sentencia No. 146-14-SEP-CC, dentro del Caso No. 1773-11-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 362.
- Sandoval Viana, José Ricardo (2016)*: Corte Constitucional, 15 de marzo de 2016. Incumplimiento de Sentencias y Dictámenes. Sentencia No. 060-15-SIS-CC, dentro del Caso No. 0094-11-IS, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 712.
- Sotomayor con Cámara de Comercio de Machala (2016)*: Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Machala, 07 de junio de 2016. Sentencia dentro del caso No. 07333-2016-01440. En <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/>
- Tobar con Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (2016)*: Unidad Judicial de Garantías Penales con sede en el Cantón Machala, 29 de agosto de 2016. Sentencia dentro del Caso No. 07283-2016-00360. En <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/>
- Zaldumbide Garaycoa, Andrés (2012)*: Corte Constitucional, 19 de abril de 2012. Acción Extraordinaria de Protección. Sentencia No. 163-12-SEP-CC, dentro del Caso N.º 0710-10-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento 756.

CAP 2

El principio de exigibilidad de los derechos constitucionales, experiencia desde la Corte Constitucional del Ecuador

Wendy Molina Andrade

AUTORES

Wendy Molina Andrade

Ex Jueza Corte Constitucional del Ecuador

wenmolina@hotmail.com

El principio de exigibilidad de los derechos constitucionales, experiencia desde la Corte Constitucional del Ecuador

Contenido

Resumen. Introducción. 1. El concepto de exigibilidad. 2. La exigibilidad de los derechos a través de un nuevo paradigma constitucional. 3. La exigibilidad de los derechos a través de la jurisprudencia constitucional. Conclusiones

Palabras clave: Exigibilidad, derechos constitucionales, Corte Constitucional, jurisprudencia constitucional, garantías jurisdiccionales, neoconstitucionalismo, justiciaabilidad.

Resumen

La Carta Constitucional ha sido reconocida como un catálogo amplio de derechos, aspecto positivo de manera indudable mas no suficiente, pues la realización y respeto de los mismos es su deber ser. Nuestra Constitución en su artículo 11 recoge entre otros, el principio de exigibilidad de los derechos al señalar que ellos se pueden ejercer, promover y exigir de manera individual o colectiva ante las autoridades competentes, lo cual denota que fue una prioridad del constituyente garantizar su materialización mediante la creación de un sistema de garantías que constituyen los mecanismos para exigir el respeto y realización de los derechos reconocidos en la Constitución y en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. El rol de los órganos que integran la administración de Justicia Constitucional mediante las competencias que la Constitución y la ley asigna a cada uno de ellos, es de suma importancia para la exigibilidad de los derechos y a su vez, el rol de la Corte Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, que se pronuncia por medio de sus dictámenes y sentencias de carácter vinculante y la revalorización del sistema de fuentes en el ordenamiento constitucional vigente, hace que la jurisprudencia constitucional emanada por este organismo no solo desarrolle el contenido de los derechos sino que contribuya a garantizar la exigibilidad de los mismos mediante la generación de reglas claras de cumplimiento obligatorio hacia la generalidad que tienen por objeto lograr que la Constitución no sea simplemente un instrumento lírico de admiración, sino que sus preceptos se respeten y se cumplan mediante el principio de exigibilidad de los derechos y libertades.

Introducción

La promulgación de la Constitución del Ecuador de 2008 y el establecimiento del denominado “Estado Constitucional de Derechos y Justicia” representó un avance significativo para el reconocimiento y para la exigibilidad de los derechos proclamados en la Constitución. El nuevo modelo de estado significó una transformación del ordenamiento jurídico. La Constitución y naturalmente los derechos consagrados en ella se convirtieron en postulados de directa e inmediata aplicación. Dentro

de este contexto, Ávila (2008) enfatiza que “la Constitución es norma jurídica directamente aplicable, por parte de cualquier persona, autoridad o juez” (pág. 22). Esto significa que los derechos reconocidos en la Constitución no requieren de un reconocimiento o desarrollo legal para ser tutelados por el Estado, sino que constituyen en sí mismos mandatos de cumplimiento obligatorio *per se*. Hesse (1983) añade que la fuerza normativa de la Constitución requiere que sus postulados guarden coherencia con la realidad para poder ser cumplidos, en concreto, manifiesta “la posibilidad fáctica de realización de los contenidos constitucionales es determinante para establecer la fuerza normativa de la constitución, de manera que si la Constitución no tiene en cuenta la realidad posible carecerá tanto de fuerza jurídica como de eficacia política (pág. 26). En similar sentido, Alexy (2005) manifiesta que “los principios y valores que la Constitución proclama tienen un valor normativo y uno interpretativo, es en esa esencia, que la fuerza normativa aparece en el desarrollo de la conjugación entre las posibilidades a presentarse con los derechos inmersos” (pág. 45), por tal motivo, una exigibilidad efectiva de los derechos depende no solo de su reconocimiento en la constitución y su reforzamiento con el principio de directa e inmediata aplicación, sino también depende y en gran medida de su posibilidad de cumplirlos en la realidad material.

El Estado Constitucional de Derechos y Justicia y su rasgo distintivo en cuanto a la aplicabilidad directa e inmediata de las disposiciones constitucionales fortalecen la exigibilidad de los derechos expresados en la Constitución, pues las autoridades públicas están llamadas a reconocerlos y aplicarlos en la realidad. El artículo 11 de la Constitución de la República, consagra los principios que rigen el ejercicio de los derechos constitucionales, señalando en su numeral 1 el que “*los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.*”. Este enunciado, apunta a permitir el cumplimiento y la exigibilidad de una gama muy extensa de derechos reconocidos en la Carta Suprema.

Bajo este contexto, debe tomarse como punto de partida el hecho de que el poder constituyente debatió largamente con respecto a la mejor manera de implantar en el Ecuador una verdadera concientización en el respeto y defensa de los derechos humanos, con especial énfasis en el problema de su exigibilidad así como de

los mecanismos de garantía; y es que sin duda, el reto más grande de los Estados democráticos regidos por Constituciones, es materializar los derechos reconocidos por aquellas; con este fin, la teoría constitucional ha dotado de fuerza normativa a sus disposiciones, para a través de dicha fuerza crear una cultura política verdaderamente consciente de su obligatoriedad, y asegurar que el texto constitucional, y principalmente en lo que respecta a los derechos reconocidos en ella, sea aplicado y respetado en todos los poderes del Estado (Lloredo, 2016), de ahí que resulta imprescindible por un lado dotar a las normas constitucionales de la máxima jerarquía y como tales, convertirlas en el parámetro de adecuación de todas las actuaciones de los distintos poderes del Estado, y por otro lado, dotar al ciudadano de mecanismos jurisdiccionales a través de los cuales demande el respeto de sus derechos así como la eventual reparación ante la vulneración de los mismos.

Los derechos constitucionales están llamados a cumplirse por todos los poderes del estado. Así, la función ejecutiva debe elaborar políticas públicas, reglamentos y actos administrativos; la función judicial expide autos y sentencias; la función legislativa produce leyes; la función de transparencia y control social produce actos administrativos; y la función electoral también participa de la expedición de actos administrativos y hasta de sentencias. Si todas estas manifestaciones de poder son respetuosas de los derechos establecidos en la Constitución, se cumple con las garantías que se conocen en la doctrina como garantías primarias (Ferrajoli, 2001). No obstante, con frecuencia los poderes del Estado en sus actuaciones inobservan los derechos. Ante aquello, las personas como titulares de derechos pueden exigir y demandar su cumplimiento a través de mecanismos jurídicos reconocidos por la misma Constitución llamados garantías jurisdiccionales. Los tratadistas Cordero y Yépez (2015) mencionan que “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” (pág. 41).

Sobre la base de ello, el presente artículo se estructura en tres capítulos principales. En el primero de ellos desarrollaré un concepto del principio de exigibilidad de los derechos con el afán de comprender su naturaleza y alcance en el ámbito

constitucional, para posteriormente abordar el desarrollo que ha alcanzado este principio a través del nuevo paradigma constitucional implementado en el Ecuador por casi una década; y finalmente, me referiré al impulso que ha tenido el principio de exigibilidad de los derechos a través de la jurisprudencia constitucional, destacando para ello el rol que ha desempeñado la Corte Constitucional a la hora de proteger, promover y garantizar el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

1. El concepto de exigibilidad

Para Martínez de Pisón citado por Zapatero y Garrido (2009) la exigibilidad de los derechos constitucionales “remite a la posibilidad de reclamar judicialmente el cumplimiento de las obligaciones derivadas” (pág. 98). Está vinculada con la concreción del alcance de los derechos, la identificación tanto de sus titulares como del responsable de hacerlos efectivos y finalmente la existencia de vías formales de acceso y de reclamación las cuales podrán ser administrativas ante las entidades estatales o judiciales ante los organismos de justicia, ya sea a través de las vías ordinarias o por la vía constitucional, lo que se conoce como las garantías jurisdiccionales.

Por otro lado, para el jurista Jaime Saura Estapá, (2011) la exigibilidad de los derechos puede ser directa o indirecta. En el primer caso, la exigibilidad está respaldada a través de las garantías normativas, en cuyo caso es a través de las normas nacionales y supranacionales que se reconocen los derechos, así como también a través de las garantías jurisdiccionales, las cuales, conforme lo desarrollaré más adelante, brinda la posibilidad de reclamación por las vías judiciales. Por otro lado, está la llamada exigibilidad indirecta, que, para el referido tratadista, implica la posibilidad de reclamación y defensa de los derechos sociales a través de la invocación de principios generales que se manifiestan en todos los derechos, tales como la igualdad, no discriminación o tutela judicial efectiva, lo que se conoce como la “justiciabilidad por conexión”.

Por otro lado, el principio de exigibilidad, visto desde una perspectiva mucho más amplia y completa, implica un proceso a desarrollarse desde el ámbito político, legal y social. La exigibilidad política se visibiliza a través del impulso de leyes, del desarrollo de programas gubernamentales o la incidencia en políticas públicas en donde se logre institucionalizar el verdadero respeto y protección de los derechos consagrados en la Carta Suprema. Además, la exigibilidad desde el punto de vista

legal, implica la defensa de los derechos desde su justiciabilidad, es decir, la posibilidad de exigir a través de un mecanismo jurídico el cumplimiento o restitución de un derecho. Finalmente, la exigibilidad desde una perspectiva social requiere la vigilancia y demanda de que el Estado cumpla con sus obligaciones respecto de los derechos, no solamente que emane de los órganos judiciales o de aquellas entidades encargadas de la verificación del cumplimiento de las normas que los consagran y garantizan, sino que abarque la participación activa de la sociedad civil.

Refiriéndose al principio de exigibilidad de los derechos, Cordero y Yépez (2015) indican que “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” (pág. 20). La posición jurídica se refiere esencialmente a actuaciones de carácter positivo, esto es, a la posibilidad que tienen las personas de ejercer, promover y exigir los derechos. Los derechos se ejercen cuando la persona titular practica el derecho, goza y disfruta de él en la realidad; se promueve los derechos, cuando el titular del derecho impulsa o incide positivamente a que él sea ejercido por un tercero; y, se exige los derechos cuando su ejercicio ha sido desconocido o coartado, ante lo cual, se activan las garantías jurisdiccionales. Arcentales (2014) indica que las garantías jurisdiccionales “son mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para la protección del contenido esencial de los derechos reconocidos en el corpus iuris, de fuente nacional e internacional, de derechos humanos para garantizar su efectivo ejercicio” (pág. 20), de allí su importancia en el concepto de exigibilidad.

La Constitución en cuanto al principio de exigibilidad de los derechos también prevé la posibilidad de la acción colectiva. Cordero y Yépez (2015) mencionan que “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” (pág. 22), así los derechos en el régimen jurídico ecuatoriano pueden ser ejercidos mediante acción colectiva, lo que significa un enorme progreso en materia de exigibilidad.

En relación a las obligaciones que adquiere el Estado para con los derechos, se encuentra que éste asume actuaciones de carácter negativo y actuaciones de carácter positivo. La actuación del Estado debe ser negativa cuando para garantizar el derecho deba abstenerse de ejecutar actuaciones que pudieren lesionarlo, esto aplica principalmente a los derechos de libertad; y, por otra parte, debe emprender actuaciones de carácter positivo cuando debe propender al ejercicio del derecho que se aplica esencialmente en los derechos sociales.

Pese a lo señalado, existen aún grandes impedimentos para la exigibilidad de derechos como es la falta de reconocimiento de las personas a quienes se les vulnera sus derechos como víctimas. Precisamente este factor nefasto en nuestro sistema jurídico, ha sido identificado y anulado en gran medida en la actual Constitución a través de la llamada “acción popular”, mediante la cual cualquier ciudadano puede demandar la violación de derechos que sufren otras personas. Circunstancia que guarda coherencia con el propio hecho que la Constitución establece como responsabilidad de las personas el “*respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento*”.

De esta manera el sistema de garantías de la Constitución de 2008 tiene el potencial de materializar una amplia exigibilidad de los derechos por medio de la denuncia y la litigación de derechos, en primer lugar porque se incorporó una legitimidad procesal popular en donde cualquiera que conozca de una violación de derechos puede activar el mecanismo de garantía tales como la acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública, acción de incumplimiento, acción por incumplimiento, acción extraordinaria de protección, luego de lo cual el juez competente o de ser el caso la Corte Constitucional determinará la existencia de violación de derechos constitucionales y quiénes son sus víctimas con el afán de repararlos integralmente; y, en segundo lugar, porque el texto constitucional pone especial atención en la integralidad de los derechos constitucionales, lo que quiere decir que todos son complementarios, interdependientes y de igual jerarquía.

Precisamente, otro de los elementos del esquema constitucional fijado en la Carta Suprema de 2008, es la eliminación de la jerarquía entre derechos, lo cual implica la plena normatividad y exigibilidad de todos los derechos, sean estos sociales, económicos, culturales o colectivos. Todos estos principios de aplicación de los derechos son ampliados por la denominada Ley Orgánica de Garantías Jurisdic-

cionales y Control Constitucional, la cual establece un conjunto de principios complementarios de aplicación de la justicia constitucional entre los que se destacan:

- La prohibición de denegación de justicia constitucional,
- La regla de la aplicación más favorable a los derechos,
- El de optimización de los principios constitucionales,
- La obligatoriedad del precedente constitucional,
- El carácter vinculante de la jurisprudencia como fuente del derecho.

En definitiva, un derecho es exigible cuando queda claro cuáles son las obligaciones del Estado y de los particulares también, quiénes son los titulares de los derechos. El principio de exigibilidad conmina al Estado a dar cumplimiento a sus responsabilidades, así como a proteger, promover y garantizar el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución mediante políticas públicas e implementación de normas capaces de crear las condiciones necesarias para que sean protegidos, promover su ejercicio, exigir su respeto y restituir en los casos de vulneración. Es en esta situación que la exigibilidad, representa un valor que transforma la norma en una conducta obligatoria y sustenta procesos tanto políticos, sociales, así como jurídicos de reivindicación de los derechos humanos.

2. La exigibilidad de los derechos a través de un nuevo paradigma constitucional

Durante los últimos 40 años en muchos países de Europa Continental y en las últimas décadas en los países de América Latina, de acuerdo con Comanducci (2009) se han producido dos importantes cambios en el ámbito jurídico: por un lado, un cambio estructural denominado “constitucionalización del derecho” y por otro un cambio doctrinal denominado “neoconstitucionalismo”, los cuales se encuentran relacionados entre sí en la medida que uno favorece la existencia del otro.

Por su lado, la constitucionalización constituye un proceso de carácter gradual cuya finalidad es impregnar todo el derecho con la Constitución, es decir lograr que ésta invada y condicione la vigencia y validez de toda la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos (Comanducci, 2009). Mientras que el neoconstitucionalismo, constituye una filosofía jurídica y teoría del derecho que surge de la convergencia de dos tradiciones constitucionales, en primer lugar aquella tradición que concibe a la Constitución como una norma, y en segundo lugar aquella que concibe a la Constitución como un documento

político de transformación social (Montaña & Pazmiño, 2013); en ese sentido, se sigue apostando por la positivización pero no reservada a preceptos legales sino a derechos fundamentales de obligatorio cumplimiento.

De dicha convergencia se deriva un fuerte contenido material con forma normativa y la garantía jurisdiccional de esta normatividad, que permitiría entender al derecho como obligatorio, no solo porque lo ha expedido una autoridad competente, atendiendo a un procedimiento previamente establecido, sino en virtud de propender un contenido material justo.

El proceso de constitucionalización y la afirmación del neoconstitucionalismo, pusieron al mundo jurídico ante un nuevo paradigma, que se origina como resultado de un debilitamiento del derecho codificado que demostró en Europa ser insuficiente para proteger los derechos de los seres humanos y con ello garantizar su exigibilidad. Entonces, se promueve la existencia de constituciones con un fuerte carácter normativo que exijan de los jueces un proceso respecto de casos que no se limiten a la resolución mediante silogismos, sino que persiga la verdadera eficacia de los derechos reconocidos en la Constitución.

El carácter normativo de la Constitución representa un verdadero cambio en cómo se conciben las normas constitucionales, que clásicamente no eran admitidas como normas jurídicas propiamente dichas y cuya exigibilidad era prácticamente nula, sobre todo en lo referente a declaraciones de derechos y de principios. La idea del valor normativo de las disposiciones constitucionales aparece cuando las Constituciones empiezan a proclamar la sujeción de todos los ciudadanos y poderes políticos a los derechos consagrados en la Constitución, con lo cual aparece también la obligación de impedir actos, leyes o políticas públicas contrarias a los derechos a través de acciones constitucionales.

Para hacer posible este paradigma del derecho constitucional, el Estado contemporáneo adquiere ciertas características a través de las cuales los jueces se ven obligados a someter a examen constitucional las normas infraconstitucionales, así como a garantizar la exigibilidad de los derechos humanos. Estas características, extraídas del texto constitucional, se resumen en las siguientes:

- La finalidad material del Estado se traduce en el deber de garantizar los derechos de las personas de manera efectiva.
- La Constitución se concibe como una norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico.

- La Constitución se convierte en una norma directamente aplicable que se hace presente en todas las esferas jurídicas.
- Se refuerza el rol del juez frente al resto de las funciones estatales y sobre todo frente al poder supremo del legislador, pues se asigna a la jurisdicción constitucional la obligación de proteger derechos, aunque esto signifique muchas veces crear derecho.

Las características antes descritas producen un cambio sustancial en la manera en la que se realizan los juicios de validez de las normas jurídicas, así como el rol protagónico que alcanzan los derechos reconocidos en el texto constitucional, cuya protección, respeto y garantía se convierte en el propósito principal y fundamental del Estado. En tal sentido, la nueva institucionalidad es garantizada a través de un organismo autónomo y especializado, Tribunal, o Corte Constitucional, cuya principal función es asegurar la supremacía de la Constitución y la prevalencia de los derechos contenidos en ella o en instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

3. La exigibilidad de los derechos a través de la jurisprudencia constitucional

La Corte Constitucional tiene en sus manos sendos mecanismos para garantizar los derechos reconocidos en la Carta Suprema, dentro de los cuales encontramos a las garantías jurisdiccionales, a través de este tipo de garantías los titulares individuales o colectivos de un derecho constitucional, pueden exigir a un órgano con potestad jurisdiccional y competencia para conocer asuntos constitucionales, la tutela directa y eficaz del mismo. Estos procesos constitucionales son una potente herramienta para llevar al plano de la vivencia práctica los derechos constitucionales. No obstante, dichos mecanismos hallan su real potencialidad para modificar la realidad en la medida en que son activados por medio de quienes están legitimados para proponer la intervención de la justicia constitucional; ya que su actuación, aunque puede extenderse a efectos más generales y de orden programático por medio de la modulación de los efectos de sus sentencias, está condicionada siempre a la resolución de los casos que le son presentados dentro de sus competencias.

Respecto a las garantías jurisdiccionales quienes asumen el rol principal son los jueces constitucionales, cuya tarea se encuentra dirigida a la garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos a través de la corrección de la ilegiti-

midad del conjunto de relaciones, procesos y actos de ejecución y producción jurídicas respecto de los valores y principios constitucionales que conforman todo el ordenamiento (Peña, 1997, pág. 227). Al respecto, Ávila (2008) refiriéndose a las garantías jurisdiccionales en la actualidad, con todas sus transformaciones las define como un mecanismo de exigibilidad de los derechos señala que “la Constitución del 2008 precisa los conceptos y llena un vacío intolerable en el derecho ecuatoriano al establecer que las garantías son tanto cautelares como de fondo o de conocimiento.” (pág. 93), es decir, constituyen verdaderos mecanismos para garantizar la vigencia de los derechos ya sea previniendo su vulneración o reparándola.

En tal sentido, la actividad jurisdiccional en el Ecuador se caracteriza por estar vinculada al interés de los derechos lesionados, haciendo posible un cierre del sistema mediante la corrección de los márgenes de vulneración de derechos en que los diversos poderes, públicos o privados, o los propios individuos hubieran incurrido y su consecuente reparación. Dicha reparación es amplia y comprende una reparación material e inmaterial, Nash (2009) manifiesta que la reparación “consiste en restablecer la situación de la víctima al momento anterior al hecho ilícito, implica dejar sin efecto las consecuencias inmediatas del hecho, en todo aquello que sea posible, y en indemnizar a título compensatorio los perjuicios causados, ya sean estos de carácter patrimonial o extramatrimonial” (pág. 35).

Para valorar la realidad normativa de las garantías constitucionales y en específico de las garantías jurisdiccionales, es preciso mencionar que la Carta Suprema instituye a la Corte Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, haciendo de su labor un proceso de análisis crítico de la Ley, la cual debe ser interpretada a la luz de los principios y valores constitucionales, los cuales, al ser aplicados, exigen de los jueces un rol activo, creador y protector de los derechos constitucionales; circunstancia que resalta el rol protagónico que desempeña el juez constitucional en la exigibilidad de los derechos.

Montaña (2013) exponiendo las características de la Corte Constitucional menciona “hoy en día los tribunales constitucionales mantienen una legitimidad directamente deducida de la legitimidad de la Constitución. Si la Constitución es legítima, la Corte Constitucional y las normas que ella cree mediante la interpretación de los enunciados normativos de la Constitución tendrán plena legitimidad y, como tales, deberán ser respetadas y cumplidas por todas las instituciones y personas que integran el Estado constitucional” (pág. 34). De la misma manera, Storini (2001) menciona que la legitimación de los Tribunales Constitucionales tan sólo puede

descansar en la posibilidad de evaluar jurídicamente sus decisiones, es decir, en la capacidad de controlar que dicho órgano cumpla la necesaria función de adaptación de la Constitución formal a la realidad social, utilizando instrumentos puestos a su alcance por el mismo ordenamiento constitucional (pág. 29)

En nuestro país, tradicionalmente la jurisprudencia solo tuvo fuerza subsidiaria. No obstante, en el actual orden constitucional, la fuerza que adquiere la jurisprudencia constitucional, asume un valor normativo en el orden jerárquico de las fuentes, nunca antes experimentado. Si bien, de una lectura aislada del artículo 425 de la Constitución de la República, que establece el orden jerárquico de la aplicación de las normas en el sistema jurídico ecuatoriano, no nos permitiría comprender su revalorización, no obstante, al amparo de una interpretación integral de la Constitución, observamos que existen disposiciones como aquella prevista en el artículo 11 numeral 8 de la misma, que nos permite arribar a una conclusión distinta, con lo cual la jurisprudencia constitucional es efectivamente una herramienta que permite el desarrollo progresivo de los derechos y precisamente que en el ejercicio de dicha tarea, estas adquieren calidad de derecho objetivo.

Por su parte, disposiciones constitucionales como el Art. 436 numerales 1 y 6, dejan en evidencia una clara voluntad del constituyente de asignar una fuerza vinculante y obligatoria a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, jurisprudencia que constituye un precedente para las futuras actuaciones de los jueces constitucionales y que puede dictarse a través de un proceso de selección y revisión, pero también a través de los dictámenes y sentencias a partir de cualquier proceso que se encuentre en conocimiento de la Corte Constitucional, lo cual veremos con claridad en el análisis del caso que expondré más adelante.

De acuerdo con la doctrina el valor de la jurisprudencia guarda relación proporcional y directa con el nivel de protección que pueda tener una garantía constitucional, relación que fue evidente con el sistema de fuentes reconocido en la Constitución Política de 1998, pues el carácter accesorio o de conocimiento de la jurisprudencia de garantías trajo como consecuencia que estas fueran débiles e incompatibles con la protección requerida por los titulares de los derechos constitucionales.

En el régimen constitucional de 1998 no existía cosa juzgada constitucional en materia de control de constitucionalidad, toda vez que el Tribunal Constitucional se limitaba a ser un legislador negativo, la inexistencia de sentencias atípicas como las interpretativas, aditivas, sustitutivas, sustractivas, etc., hacía que la protección

de los derechos se realizara mediante reenvíos burocráticos y meras recomendaciones desde el órgano constitucional al legislativo. De igual forma, las decisiones en materia de amparo, no constituían verdaderas sentencias, pues tenían carácter de resoluciones con efectos cautelares, su cumplimiento se encontraba sometido a procedimientos jurisdiccionales ordinarios y vinculaban únicamente a las partes del proceso, lo que generaba criterios contradictorios entre los jueces constitucionales y distintas garantías constitucionales.

Con la Constitución de la República del 2008, la jurisprudencia constitucional adquiere un valor de fuente del derecho, sobre todo con la aparición de la competencia de la Corte Constitucional prevista por el artículo 436 numeral 6 de la Constitución, la cual a mi parecer constituye el hito por excelencia para ejemplificar el poder normativo de las sentencias emitidas por la justicia constitucional, pues es a través de dicha norma constitucional que la Carta Suprema atribuye a la Corte Constitucional, la facultad de expedir sentencias que constituyen jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, por incumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales.

La Corte Constitucional en su primera sentencia de jurisprudencia vinculante, en concordancia con las disposiciones constitucionales y normativas, dejó sentado cómo el organismo ejecutaría esta competencia y cuáles serían los efectos de dichas decisiones.

Respecto del primer punto, en lo que se refiere a cómo el organismo llevará adelante su tarea de dictar sentencias jurisprudenciales, la Corte aclaró que su misión será llevada adelante a través de un proceso de selección y revisión de causas, previsto por el artículo 86 numeral 5 de la Carta Magna, el mismo que obliga a todos los jueces y juezas constitucionales de instancia y apelación, en conocimiento de procesos de garantías jurisdiccionales, a remitir a la Corte Constitucional todas las sentencias ejecutoriadas que se emitan. Obligación que le permite a la Corte Constitucional, tener una visión general de todas las decisiones a las que arriban los jueces constitucionales y detectar posibles falencias en la aplicación de la justicia constitucional.

Con dicha competencia se rompe de manera definitiva, el efecto clásico de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, donde las sentencias generadas en ejercicio de las garantías jurisdiccionales, no podían producir otro efecto que no sea inter partes, pues ahora vendrían a vincular a sujetos ajenos al proceso e impactar

en las decisiones de todos los órganos judiciales; situación que permite incorporar de manera directa a la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes.

Los efectos adquiridos por las sentencias jurisprudenciales han sido clasificados en efectos horizontales y efectos verticales. Como efectos horizontales, encontramos a la obligación de la Corte Constitucional de, en casos futuros, atenerse a su propia jurisprudencia salvo los casos en los que deba alejarse de ella por razones suficientes, las que deberá justificar a través de una poderosa carga argumentativa, señalando las particularidades del caso que la llevan a alejarse del criterio jurisprudencial existente. Por otro lado, como efectos verticales se halla la obligación de todos los jueces que sustancian garantías jurisdiccionales de respetar los parámetros interpretativos a los que se ha arribado la Corte Constitucional vía jurisprudencia vinculante, como a una norma, lo que implica la imposibilidad de alejarse del precedente si el caso bajo su conocimiento tiene conexión fáctica y conceptual con el precedente.

A fin de profundizar respecto de cuál es el verdadero alcance de las decisiones producto del proceso de selección y revisión de la Corte, diremos que en principio generan un efecto de sometimiento de las decisiones judiciales venideras a los criterios ya esgrimidos en situaciones fácticas similares, para guardar coherencia y consistencia con lo antes resuelto. Así mismo el alcance de la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional, tomando en consideración su calidad de máximo intérprete de la Constitución, implica que los otros intérpretes de la Constitución, deban acatar el entendimiento de las disposiciones constitucionales, al que ha arribado la Corte en sus sentencias como definitivo, así lo ha señalado en la Sentencia N.ª 045-11-SEP-CC, dentro de la causa N. 0385-11-EP.

Si bien los procesos descritos en el presente acápite son los previstos en la normativa con el propósito de generar una jurisprudencia vinculante o dictar reglas con efecto erga omnes, hay que considerar que toda sentencia emitida por la Corte Constitucional puede generar precedentes vinculantes para casos análogos, de ahí la importancia de que los fallos deban ser leídos integralmente dado que dichos precedentes pueden surgir inclusive de la ratio decidendi del caso. Precisamente para poder sortear el diseño establecido y cumplir con las competencias del máximo organismo de control, interpretación y administración en justicia constitucional, la Corte se ha preocupado de emitir precedentes, los cuales son de cumplimiento obligatorio con efectos tanto horizontales como verticales.

Este importante posicionamiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, nos lleva a asumir que los jueces constitucionales deben actuar con absoluta responsabilidad y comprender que su labor permitirá delinear la unidad y coherencia del derecho ecuatoriano, teniendo como eje transformador la Constitución y dentro de ella la protección de los derechos. En tal sentido, está en manos de la propia Corte Constitucional materializar la normatividad de la Constitución, no únicamente aplicando las disposiciones constitucionales sino haciendo cumplir su jurisprudencia por los otros operadores jurídicos y cumpliendo al interior de la Corte con sus parámetros interpretativos, para hacer de su labor coherente que pueda ser respetada por el aparato judicial y social.

De esta manera se puede apreciar cómo a partir del ejercicio jurisdiccional de la Corte Constitucional, esto es, a partir de los casos concretos que son conocidos por este organismo se ha encontrado la necesidad de (a partir del Control de Constitucionalidad) modificar la normativa vigente, armonizándola con la Constitución, y se han generado reglas jurisprudenciales que estructuran las garantías constitucionales, ya sean jurisdiccionales o normativas, para finalmente garantizar de mejor manera el cumplimiento de los derechos constitucionales y con ello su exigibilidad. Así mismo, la realidad normativa de las garantías también se ha ido modificando a partir del control de constitucionalidad aplicado en muchos casos.

Como se dijo anteriormente, los procesos que son de competencia jueces que forman parte de la estructura de la justicia constitucional y de la Corte Constitucional, respecto de sus respectivas competencias, constituyen los mecanismos procesales que permiten a los titulares individuales o colectivos de un derecho constitucional, la tutela directa y eficaz del mismo, a través de la intervención de un órgano con potestad jurisdiccional y competencia para conocer asuntos constitucionales. En tal sentido, lo que se busca a través de los medios jurisdiccionales que la justicia constitucional proporciona, por ejemplo, en el caso del control de constitucionalidad es garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, a través de la identificación y eliminación de cualquier incompatibilidad normativa entre las normas de rango constitucional y la normativa que integra el ordenamiento jurídico. En ese contexto, la Corte Constitucional, basándose en las competencias que le otorga el artículo 436 numeral 3 de la Constitución de la República, en conexidad con el artículo 3 numeral 5 de la Codificación al Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional, ha sido categórica en reconocer que cuando

con ocasión de un proceso constitucional como es el caso de las acciones extraordinarias de protección, acciones de incumplimiento de sentencias y dictámenes o acciones por incumplimiento de norma, se encuentra incompatibilidad entre una disposición jurídica y las normas constitucionales, tiene la competencia de oficio para ejercer la facultad de control constitucional y con ello invalidar o modular una norma cuando exista incompatibilidad de esta con la Constitución.

A continuación, expondré una breve reseña de varias sentencias dictadas por la Corte Constitucional que guardan relación con los criterios desarrollados en el presente acápite y, que, en lo principal, han contribuido para con la sociedad al pleno ejercicio de las garantías jurisdiccionales.

a. Sentencia No. 002-18-PJO-CC: (Garantía jurisdiccional de Hábeas Corpus. Interpretación conforme y condicionada del artículo 44 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Proceso de selección y revisión)

La Corte Constitucional, de conformidad con los parámetros de selección previstos en el Art. 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, seleccionó el caso No. 0260-15-JH referente a la sentencia de 28 de mayo de 2015 remitida por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de una acción de hábeas corpus, presentada por Domingo Alberto Zambrano Muñiz y Marino Alberto Zambrano Barreiro.

Dentro de la fundamentación de dicha garantía jurisdiccional se manifestó que los legitimados activos habían sido condenados en sentencia a cumplir una pena privativa de libertad de 12 y 8 años, respectivamente. No obstante, la normativa penal por la cual fueron sentenciados fue derogada y el delito por el que fueron condenados actualmente recogido por el Código Orgánico Integral Penal dispone una pena menor a la que se les impuso en el rango de 1 a 3 años, con lo que en aplicación del principio de favorabilidad se entendía que ya habían cumplido con su pena. Pese a ello, los jueces constitucionales de apelación negaron el recurso de hábeas corpus, en razón de que se encontraba pendiente el proceso de rebaja de pena que los mismos accionantes habían presentado ante el juez penal.

Siendo estos los hechos fácticos del caso, la Corte Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 436, numeral 6 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 2, numeral 3 y 25 de la Ley Orgánica

de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en los que se consagra su competencia para expedir sentencias que constituyen jurisprudencia vinculante o precedente con carácter erga omnes, en todos los procesos constitucionales que llegan a su conocimiento a través del proceso de selección, determinó y desarrolló como problema jurídico a resolver, el siguiente: ¿La privación de libertad de Domingo Alberto Zambrano Muñiz y Marino Alberto Zambrano Barreiro es ilegal, arbitraria o ilegítima de acuerdo al artículo 89 de la Constitución de la República?

Respecto al principio de favorabilidad alegado por los accionantes, la Corte Constitucional manifestó que en el ámbito penal, la duda debe resultar siempre a favor del reo, principio de favorabilidad que, entre otros, supone que hay dos normas aplicables para una misma situación o caso, y que existen dos interpretaciones posibles para una misma norma, ante lo cual se aplicará aquella norma o interpretación que más favorezca el ejercicio de los derechos, por lo que ante dos interpretaciones de una misma norma procesal, debe preferirse la que más favorezca la vigencia de los derechos; en este caso, debe optarse por la segunda opción porque beneficiaría a la persona que está exigiendo un derecho y que busca la tutela efectiva de parte del Estado

De esta manera, especificó la Corte, en el Ecuador, la normativa constitucional y penal establece la posibilidad de que una ley posterior se aplique con efecto retroactivo en todo lo que sea más favorable al procesado, es decir, el reo puede ser beneficiado por una ley posterior a su sentencia si la misma contiene una pena menos rigurosa a la que le fue aplicada al momento de los hechos. De ser el caso de extinguirse el delito o la pena para la acción que generó su condena, esta persona debe recuperar su libertad inmediatamente al entender que la necesidad de tipificar la conducta penal ya no es necesaria. Ello responde, además, a una exigencia de coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico, ya que, si los hechos han dejado de ser desvalorados por el legislador o se les desvaloriza en menor medida, no tiene sentido que los ciudadanos sigan padeciendo las consecuencias de unas leyes que han dejado de considerarse adecuadas.

Bajo las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional evidenció en el proceso, que las autoridades judiciales accionadas se negaron a aplicar el principio constitucional de favorabilidad en el caso en estudio, y se limitaron a aplicar las normas procesales supletorias para negar la acción, por lo que las autoridades judiciales incurrieron en un defecto sustantivo. Sumado a eso, la Corte ya se había

pronunciado con anterioridad en el sentido que en los casos en los que se pueda solicitar en la justicia ordinaria una revisión o sustitución de la pena, per se no impide que pueda ser presentado una acción constitucional de hábeas corpus.

En virtud de lo expuesto, el Pleno de la Corte Constitucional dejó sin efecto la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas; aceptar la demanda de hábeas corpus propuesta, declaró vulnerados los derechos constitucionales de inviolabilidad de la vida, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de tránsito, y en consecuencia, dispuso la orden de libertad de Domingo Alberto Zambrano Muñiz y Marino Alberto Zambrano Barreiro. Finalmente, la Corte Constitucional dictó la siguiente jurisprudencia vinculante:

- Respecto a la autoridad que debe conocer el Hábeas Corpus, téngase en cuenta la siguiente interpretación conforme y condicionada de la normativa contenida en el artículo 44 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

La garantía jurisdiccional de hábeas corpus protege tres derechos que pueden ser alegados de forma individual o conjunta por la o los accionantes, –libertad, vida e integridad física-; en dicho sentido cuando se alegue la vulneración de cualquiera de estos tres derechos, cuando no existe orden de privación de la libertad emitida dentro de un proceso penal, o a su vez, cuando el mismo hubiese concluido sin resolución de un recurso pendiente; es decir, se encuentre en ejecución la sentencia que ordene el cumplimiento de una pena privativa de la libertad, se entenderá que es competente para el conocimiento del referido hábeas corpus, cualquier jueza o juez del lugar donde se presuma 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.

- Atendiendo la naturaleza, alcance y objeto de la acción de hábeas corpus, y al principio de favorabilidad constitucionalmente reconocido, se establece lo siguiente:

En ningún caso podrá ser aplicable una norma posterior que restringe derechos por considerarse inconstitucional, pero sí las normas que establezcan, circunstancias eximentes, atenuantes o que disminuyan la gravedad de las penas, y por supuesto las que despenalicen conductas, pueden ser aplicadas a hechos sucedidos con anterioridad a su entrada en vigencia.

b. Sentencia No. 030-18-SEP-CC: (Regla respecto a la remoción directa a un servidor público, so pretexto de corregir el vicio de legalidad en el ingreso)

El señor Franklin Genaro Cevallos Tumbaco, presentó una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto dentro de la acción de protección No. 37-2010.

El accionante argumentó que durante nueve años se desempeñó como asistente de la Secretaría General de la administración municipal de Manta. A partir del año 2007, la institución en la que laboraba le otorgó un nombramiento. Sin embargo, el alcalde, a través de acción de personal dispuso su salida de la institución, sin explicar el motivo de tal decisión, razón por la cual interpuso una acción de protección, la cual fue negada en sus dos instancias.

En tal sentido, el legitimado activo señaló que los jueces provinciales, al momento de atender el recurso de apelación, inobservaron el debido proceso, pues al momento de presentar dicho recurso, el accionante solicitó expresamente que la jefa de recursos humanos de la Municipalidad de Manta comparezca y presente las pruebas documentales y testimoniales, especialmente en lo referente a demostrar si existió un proceso previo a la notificación de la acción de personal. Dicho pedido no habría sido proveído, pues la autoridad de recursos humanos no compareció a la audiencia pública.

Ahora bien, en lo que respecta al análisis de la sentencia impugnada, la Corte determinó que los juzgadores, a lo largo de su fallo, omitieron citar las normas constitucionales relativas a derechos constitucionales sobre cuya presunta vulneración debían discurrir; esto, a pesar de haber sido una de las alegaciones presentadas por la parte accionante y presente en la parte expositiva de la decisión. Así mismo, se determinó que la sentencia impugnada carece de lógica pues las premisas, que son meras citas de artículos de normas constitucionales e infraconstitucionales, no tienen relación entre sí, ni se explica porque son pertinentes al caso, con lo cual no existe un análisis referente a la vulneración de derechos alegada por el accionante, que es la cuestión de fondo, que debe ser atendida en una acción de protección. En consecuencia, la sentencia carece de claridad, pues contiene premisas que no se relacionan entre sí, ni son coherentes con la conclusión a la que arriba la Corte Provincial, por lo tanto, carece de motivación.

Acto seguido, al estar facultada la Corte para analizar la integralidad del proceso y la posible afectación a derechos constitucionales cuando los operadores de justi-

cia de instancia no lo hubieren realizado, encontró necesario examinar la sentencia de primera instancia, emitida por el Juzgado Octavo de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Manabí, sobre la cual determinó que en dicho fallo no se conecta de forma lógica los elementos del razonamiento, ni expone un razonamiento que permita conocer de manera clara las razones que llevaron al juzgador a rechazar la acción de protección, con lo cual se concluyó que la sentencia de primera instancia también incumplió el requisito de la lógica, como elemento del contenido del derecho al debido proceso, en la garantía de la motivación.

En tal razón, y como una medida de restitución del derecho vulnerado por la actuación de los jueces en la tramitación de la acción de protección, la Corte realizó el análisis constitucional que correspondía efectuarse dentro de la acción de protección propuesta, en relación a si la acción de personal, por medio de la cual la entidad cesó en funciones al accionante, vulneró el debido proceso a la seguridad jurídica contemplado en el artículo 82 de la Constitución de la República. De lo cual la Corte concluyó que el accionante gozaba de calidad de servidor público y por tanto se le debieron reconocer todos los derechos que se derivan de tal calidad. Dentro de los cuales destaca el derecho a gozar de estabilidad en su cargo, la que no podía ser cuestionada, sino por los canales regulares de revocatoria de actos sobre los que se ha determinado –siguiendo el procedimiento adecuado– la existencia de vicios legales.

En ese sentido, el accionante, al gozar de la calidad de servidor público y contar con estabilidad, no podía ser cesado en funciones con la sola emisión de una acción de personal. Ello, a pesar que la entidad alega que el ingreso del accionante a la entidad municipal habría sido irregular, debido a la designación directa por parte del alcalde de la anterior administración municipal.

En virtud a lo expuesto, la Corte Constitucional, luego de dictar las medidas de reparación correspondientes, resolvió, en virtud de las atribuciones establecidas en el artículo 436, números 1 y 6 de la Constitución de la República, fijar la siguiente regla jurisprudencial, aplicable a los casos posteriores, en los que se verifiquen patrones fácticos análogos:

- Las autoridades públicas están vedadas de remover directamente a un servidor o servidora pública, que haya ingresado con nombramiento de carácter permanente, so pretexto de corregir el vicio de legalidad en el ingreso. En caso de existir tales vicios, la corrección deberá hacérsela por medio de la declaratoria de lesividad del

acto administrativo en cuestión y la presentación de la correspondiente acción ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. El incumplimiento de esta regla acarrea la vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica y el incumplimiento o inobservancia de una sentencia constitucional.

c. Sentencia No. 006-17-SEP-CC: (Restricción de plantear acciones constitucionales dentro de procesos de contratación pública. Inconstitucionalidad por conexidad)

La Autoridad Portuaria de Esmeraldas presentó una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada el 11 de julio de 2013, por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, dentro de una acción de protección, argumentando que dentro de dicha garantía el contratista no demostró la vulneración de derechos constitucionales, en igual sentido se argumentó los temas expuestos en la demanda de acción de protección son infraconstitucionales y de plena legalidad, pues los mismos derivan de un proceso de contratación pública que se sujetan para cualquier divergencia ante el Tribunal Contencioso Administrativo y no ante la justicia constitucional como así expresamente lo disponen los artículos reformados 102 y 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Bajo ese mismo argumento, el compareciente manifiesta que se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 75 de la Constitución de la República, toda vez que la Autoridad Portuaria de Esmeraldas ha sido juzgada por jueces que no tienen competencia en razón de la materia, por tratarse de temas de plena legalidad.

En razón de los argumentos expuestos, la Corte Constitucional analizó, a través de un primer problema jurídico, si la sentencia impugnada había vulnerado los derechos al debido proceso en la garantía de cumplimiento de las normas, y a la seguridad jurídica, previstos en los artículos 76 numeral 1 y 82 de la Constitución de la República, con lo cual, luego de un análisis motivado, se determinó que los jueces constitucionales, investidos de potestad para garantizar el respeto y eficacia de los derechos constitucionales desarrollados en la Carta Suprema, actuaron plenamente facultados para conocer y pronunciarse dentro la garantía jurisdiccional propuesta, con lo cual la Corte Provincial no incurrió en una violación a los derechos antes mencionados.

Por otra parte, la Corte Constitucional, en su objetivo de garantizar los derechos constitucionales, consideró imprescindible realizar un análisis que le permitiera

verificar si la disposición contenida en el séptimo inciso del artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el cual extinguía el uso de garantías jurisdiccionales a fin de impugnar los actos que deriven de un proceso de contratación pública, afectaba algún derecho constitucional o incurría en una prohibición consagrada en la Constitución de la República.

Para ello la Corte precisó que al ser el máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia en materia constitucional, está facultado de 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, garantizando con ello la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, a través de la identificación y eliminación de cualquier incompatibilidad normativa entre las normas de rango constitucional y la normativa que integra el ordenamiento jurídico.

Bajo ese contexto, la Corte Constitucional determinó que la restricción de acciones constitucionales contemplada en la norma no tiene una justificación razonable, pues en base a su propio contenido se puede colegir un desconocimiento por parte del legislador a la naturaleza y objeto de las garantías jurisdiccionales y dentro de ellas específicamente a la acción de protección consagrada en el artículo 88 de la Constitución de la República, toda vez que al establecerse de forma general la existencia de vías adecuadas y eficaces para impugnar cualquier actuación del Estado en materia de contratación pública, so pretexto de restringir las acciones constitucionales, no solo que en dicha área específica, se omite el principio de sujeción de todos los poderes públicos a los principios, reglas y derechos de la Constitución establecido en el artículo 426 de la Carta Suprema, sino que principalmente, se niega al ciudadano la posibilidad de hacer uso de ésta vía como único medio adecuado y eficaz para, de forma directa, y bajo los principios de acceso a la justicia y máxima eficacia de los derechos fundamentales, conocer y resolver la vulneración de derechos y en consecuencia, reparar integralmente el daño cuando este se causa efectivamente.

En consecuencia, una vez efectuado el examen de constitucionalidad de la norma legal aplicada dentro del caso en análisis, la Corte concluyó que la restricción de plantear acciones constitucionales dentro de procesos de contratación pública aduciendo la existencia de vías judiciales adecuadas y eficaces para impugnar dichas actuaciones, no guardaba armonía con los preceptos constitucionales establecidos en los artículos 75, 86, 88 y 426 de la Constitución de la República y por tanto

su contenido debe ser invalidado del ordenamiento jurídico conforme lo previsto en el artículo 436 numeral 3 de la Constitución de la República, razón por la cual resolvió declarar la inconstitucionalidad del séptimo inciso del artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

d. Sentencia No. 292-16-SEP-CC: (Precedente respecto de la igualdad de género y no discriminación)

Mediante memorando No. 001-CAD-CBA del 27 de octubre de 2010, emitido por el alcalde del cantón Archidona, la señorita Yessenia Paola Iza Pilataxi fue separada del Cuerpo de Bomberos Municipal del referido cantón, bajo el argumento que ejercía funciones de voluntariado y no de bombero profesional, lo cual se contradecía con el título de bombero profesional emitido por una institución autorizada, así como el haber sido nombrada meses atrás, bombero profesional bajo el grado de subteniente, mediante la Resolución N.º 004 del 25 de marzo de 2010 del Consejo de Administración y Disciplina del Cuerpo de Bomberos Municipal de Archidona. En tal virtud, la accionante alegó ser víctima de tratos discriminatorios e injuriosos que recibía por parte de las autoridades bomberiles y municipales en su espacio laboral, a partir de lo cual alegaba la vulneración de sus derechos constitucionales a la integridad, trabajo, igualdad de género y no discriminación.

En el presente caso, la terminación de la relación laboral de la accionante con el Cuerpo de Bomberos de Archidona, aparentó tener un fundamento legal respecto de la falta de cumplimiento de la accionante en sus labores como bombera; sin embargo, a partir de las alegaciones realizadas por la accionante, expuestas en los párrafos anteriores y de documentos que obran del proceso, se genera duda respecto de los hechos, pues resulta evidente que la separación de la institución de Yessenia Paola, tuvo otros motivos, pues, el supuesto incumplimiento de sus tareas está matizado con una evidencia de actos discriminatorios a una mujer, subordinada a un hombre con un rango en jerarquía superior, del Cuerpo de Bomberos de Archidona. De forma previsible se observa que luego de denunciar los hechos que le afectaron, se acrecentó la actitud violenta que venía recibiendo, incrementando el maltrato inclusive, imputándole actos moralmente reprochables para la sociedad, infundiendo testimonios que denigraron la calidad de persona y sobre todo de mujer de la accionante; evidenciándose así una actitud de violencia de género discriminatoria. El reproche social de su conducta, en el ámbito laboral y la realización de reuniones con otros miembros del Cuerpo de Bomberos de Archidona y del propio Muni-

pio, exponiendo el caso, con el fin de condenarla como mujer, constituye un acto de discriminación, que no solo vulnera su derecho a la igualdad, sino que amenaza las garantías de todas las mujeres vinculadas a esa institución, a quienes se les estaría prohibiendo ejercer sus derechos, puesto que de hacerlo, su castigo sería el despido.

El marco jurídico es solamente un elemento dentro del conjunto de acciones que se debe tomar para combatir la violencia y discriminación contra la mujer en nuestro país, y para avanzar hacia una mayor igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Se puede contar con leyes adecuadas que garanticen los derechos de las mujeres; sin embargo, si las personas que habitamos en este país y sus autoridades no tomamos conciencia de la importancia del combate a la discriminación, es muy poco lo que valdrán todas las regulaciones jurídicas. Actualmente existe una escasa cultura de no discriminación, muchos de los actos discriminatorios no son percibidos como tales y, en consecuencia, no son llevados ante las instancias que podrían sancionarlos, lastimosamente los encontramos en la cotidianidad. Para alcanzar el cambio cultural, libre de discriminación, es necesario romper con modelos de relaciones sociales que durante décadas han estado muy asentados. Es así que la finalidad es alcanzar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todas las esferas de desarrollo de la vida de las personas, lo cual significa considerar la igualdad entre los sexos no solo como un mero derecho subjetivo de carácter individual de los ciudadanos, sino también como un objetivo colectivo y social.

En consecuencia, la Corte Constitucional, señaló como precedente que el género como factor de selección de ingreso o desarrollo de actividades laborales es un criterio que debe estar acorde con la Constitución y demás normas que integran el sistema jurídico. Las limitaciones de ingreso y permanencia en una institución por razones de género deben contar con una base conceptual razonable, necesaria y esencial desde el punto de vista objetivo, de manera que no sean la manifestación implícita de prejuicios contrarios al principio de igualdad y no discriminación dentro del Estado constitucional.

Dentro de este marco, la Corte Constitucional resolvió que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Archidona en la persona del alcalde y el jefe del Cuerpo de Bomberos de Archidona, deberán –de manera inmediata– restituir a su puesto de trabajo a la accionante en el término máximo de 10 días, a partir de la notificación de esta sentencia. Adicionalmente, deberá brindársele las oportunidades para acudir a las diligencias judiciales y a la atención médica y psicológica que necesite para restablecer su estado de salud física y mental. Se deberá informar a

este Organismo sobre el cumplimiento en el término de 20 días máximo, a partir de la notificación de esta sentencia.

Asimismo, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Archidona, en la persona del alcalde y el jefe del Cuerpo de Bomberos de Archidona –de manera inmediata–, se deberán poner al día en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la seguridad social con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de la accionante, desde noviembre de 2010 hasta la presente fecha, en el plazo máximo de 10 días contados desde la notificación de la sentencia, y que informen a este Organismo sobre el cumplimiento, en el término de 20 días máximo, a partir de la notificación.

Finalmente, como medida de no repetición, la Corte dispuso que, al reconocer que la sociedad ecuatoriana trae arraigados consigo estereotipos orientados al supuesto de la inferioridad de las mujeres en el ámbito laboral, y conscientes que esto no debe continuar, pese a que es evidente que el cambio de patrones culturales es una tarea difícil, el primer paso lo deben dar las autoridades nominadoras de las instituciones públicas y privadas, así como los funcionarios judiciales, que son los encargados de generar confianza a las víctimas sobre la respuesta estatal ante la violencia de género, se instó a los funcionarios judiciales a fin de que apliquen un enfoque diferencial de género al momento de decidir cualquier asunto a su cargo.

Conclusiones

1. Los procesos constitucionales de competencia de los organismos que integran la justicia constitucional son, sin duda alguna, una potente herramienta para llevar al plano de la vivencia práctica la exigibilidad de los derechos constitucionales. No obstante, dichos mecanismos hallan su real potencialidad en la medida en que son activados por medio de quienes están legitimados para proponer la intervención de la justicia constitucional; ya que su actuación, aunque puede extenderse a efectos más generales y de orden programático por medio de la modulación de los efectos de sus sentencias, está relacionada de manera estrecha a la resolución de los casos que le son presentados dentro de sus competencias. He ahí que es imprescindible la labor a través de foros, seminarios, conversatorios que fomenten la utilización de

los procesos constitucionales por medio de un constante flujo de información que permita conocer a los ciudadanos las acciones que faculta la Constitución a presentar en defensa de los derechos constitucionales.

2. Lo expuesto a lo largo del presente trabajo ha permitido reflexionar sobre el importante impacto que el actual modelo de Estado constitucional de derechos ha tenido en la jurisprudencia constitucional, vemos como el Ecuador, a lo largo de esta década ha logrado reestructurar su sistema de fuentes rompiendo la cultura europeo continental que lo influenció por más de un siglo, siempre en miras de satisfacer los derechos de sus ciudadanos de la mejor manera posible. Precisamente, la jurisprudencia constitucional a la que he hecho referencia demuestra que la supremacía constitucional y el otorgar la calidad de máximo intérprete de la Constitución a la Corte Constitucional, ha sido una fórmula efectiva para a través de las sentencias de dicho intérprete constitucionalizar el ordenamiento jurídico, pudiendo incluso reformarlo para hacerlo coherente con la Carta Suprema.

3. Si bien la Corte Constitucional tiene un largo camino en la tarea de brindar unidad y coherencia a las leyes con la Constitución, ha trazado una importante senda al utilizar sus facultades para hacer de las garantías constitucionales herramientas más eficientes y convertirlas en verdaderas vías para la protección de nuestros derechos. Por todo esto concluyo que la jurisprudencia constitucional es un agente importante de cambio que debe ser utilizado con absoluta responsabilidad como medio para la exigibilidad de los derechos constitucionales.

Referencias bibliográficas

Alexy, R. (2005). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Arcentales, J. (2014). *Garantías Jurisdiccionales y Migraciones Internacionales en Quito*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Ávila, R. (2008). *Constitución del 2008 en el contexto andino; análisis de la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- Ávila, R. (2008). *Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008, en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador.
- Comanducci, P. (2009). *Positivismo Jurídico y Neoconstitucionalismo: Constitucionalización y Neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Cordero, D., & Yépez, N. (2015). *Manual (crítico) de Garantías Jurisdiccionales Constitucionales*. Quito: INREDH
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.
- Hesse, K. (1983). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Montaña, J., & Pazmiño, P. (2013). *Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana: "Algunas Consideraciones del nuevo modelo constitucional ecuatoriano"*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Montaña, J. (2013). *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Tomo 3*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Nash, C. (2009). *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007)*. Santiago: Centro de Derechos Humanos.
- Peña, A. (1997). *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Editorial Trotta S.A.
- Saura, J. (2011). "La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales". Barcelona : Facultad de Derecho. Universitat de Barcelona Institut de Drets Humans de Catalunya.
- Storini, C. (2001). *Criterios Hermenéuticos de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la Interpretación de las Normas de Reparto Competencial entre Estado y Comunidades Autónomas*. Valencia: Universidad de Valencia.
- Zapatero, V., & Garrido, M. (2009). "Los derechos sociales como una exigencia de la justicia. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos". Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=428952>

CAP 3

La prueba en garantías jurisdiccionales: poderes probatorios, derecho a la defensa y libertad probatoria

Diego Francisco Idrovo Torres
María Caridad Rojas Valdivieso

AUTORES

Diego Francisco Idrovo Torres

Universidad de Cuenca

dfidrovo@gmail.com

María Caridad Rojas Valdivieso

Abogada en litigio

cary_9091@hotmail.com

La prueba en garantías jurisdiccionales: poderes probatorios, derecho a la defensa y libertad probatoria

Contenido

Introducción. 1. La función del proceso de garantías jurisdiccionales y la relación con la prueba y el rol del juez. 2. Las garantías constitucionales y su relación con el debido proceso. 3. La prueba judicial y su importancia. 4. Nociones de la prueba: procedimientos ordinarios y procedimientos de garantías jurisdiccionales. Conclusiones.

Palabras clave: Prueba; garantías jurisdiccionales; libertad probatoria; convicción, sana crítica; control constitucional.

Introducción

No es extraño el escenario en el cual, dentro del desarrollo de una audiencia de garantía jurisdiccional, las partes procesales presentan y practican la prueba en distintos momentos y a través de distintos mecanismos. Esto provoca una situación *siu générés* respecto de cómo se entiende a la institución de la prueba en el contexto de una garantía jurisdiccional. Desde la entrada en vigencia de la actual Constitución del Ecuador, este escenario ha sido constante y no ha tenido mayor desarrollo normativo o jurisprudencial.

En un primer momento, no se contaba con una ley de la materia que permitiera llevar los distintos procesos de garantías jurisdiccionales de modo uniforme. Los administradores de justicia, que se convertían en jueces constitucionales ante la presentación de una demanda de acción de garantía jurisdiccional, aplicaban directamente la Constitución y en especial, las normas contenidas en su artículo 86, que determina las normas comunes a todo proceso de garantía jurisdiccional.

Posteriormente, cuando se promulgó la ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, jueces y abogados contaron con un marco normativo que permitió, en el caso específico de la prueba, ceñirse a nociones básicas sobre la misma. Sin embargo, luego de haber transcurrido diez años de la entrada en vigencia de la Constitución de Montecristi y de contar con una ley de la materia, la discusión respecto de los poderes probatorios del juez, así como la libertad probatoria de las partes; y, sobre todo, el tratamiento de la prueba, sigue generando dificultades y grandes debates al momento de llevar a cabo un proceso de garantía jurisdiccional.

En este trabajo nos proponemos examinar cuál ha sido el tratamiento normativo, jurisprudencial y doctrinario de la institución de la prueba en los procesos de garantías jurisdiccionales, con un énfasis especial, en la acción de protección la cual se ha convertido, conjuntamente con la acción extraordinaria de protección, en una de las garantías que más se han presentado a nivel nacional durante estos diez años de vigencia de la Constitución del Ecuador.

En este sentido, nos proponemos analizar la tarea del juez frente al tratamiento de los medios de prueba, la consideración y aplicación de la sana crítica como un poder probatorio de los jueces y la libertad probatoria de las partes y sujetos procesales, todo esto, dentro de las acciones de garantías jurisdiccionales.

Así, tanto en la Constitución de la República como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no existe una regulación clara y suficiente respecto a la actuación de la prueba en el ámbito de las garantías jurisdiccionales. En tal sentido, esta deficiente regulación respecto a la actuación de la prueba, afecta la coherencia, uniformidad y seguridad del proceso mismo y el rol del juez en ella.

Así, en algunos casos podemos identificar a jueces activos, que ordenan la práctica de pruebas, con el fin de obtener más elementos de convicción para su decisión, y en otros casos, identificamos a jueces pasivos, que sencillamente resuelven los casos puestos a su conocimiento, conforme las pruebas aportadas por las partes. ¿Qué provoca estas dos distintas posiciones frente a la práctica de la prueba? ¿Se prefiere a juez activo o pasivo frente a la posibilidad de solicitar prueba de oficio? Estas interrogantes, son parte de la problemática que nos proponemos analizar más adelante.

Finalmente, es necesario recalcar que, en el presente trabajo, se estimó pertinente obtener información de fuentes primarias, con el propósito de evaluar la aplicación correcta de la norma procesal. Para lo cual, se analiza el contenido de sendas entrevistas a jueces y juezas de primera y segunda instancia y ha abogados en libre ejercicio de la profesión del Cantón Azogues, provincial de El Cañar, esto, por la facilidad de acceso a los mismos, con el propósito de obtener una muestra sobre el problema en cuestión.

1. La función del proceso de garantías jurisdiccionales y la relación con la prueba y el rol del juez

Nos encontramos frente a un juez muy activo, tanto en la dirección en la dirección del proceso cuanto en la gestión de la fase de prueba. Este cambio constitucional, nos atrevemos a sostener, ha estado dirigido a incrementar el poder de instrucción del juez constitucional, y a depositar en él, la tarea de conducir el proceso de manera efectiva, atribuyéndole los poderes necesarios y suficientes a tal efecto.

Un juez activo no es sino un juez que actúa de manera complementaria en la adquisición de pruebas respecto de la actividad probatoria de las partes procesales. Tal como lo afirma Taruffo (2008):

decidir si deben atribuirse exclusivamente a las partes todos los poderes de iniciativa instructora, o si pueden o deben atribuirse al juez poderes de iniciativa instructora más o menos amplios, deriva de una elección de carácter sustancialmente ideológico (p.173).

Y al referirnos a ideologías, nos referimos al hecho de determinar la función del proceso de garantías jurisdiccionales y el sistema constitucional en el que se enmarca la tarea del juez. De esta forma, optamos por partir de la opción ideológica “legal-racional” de Wróblewski, la cual se centra en la calidad de la decisión judicial, haciendo énfasis en la aplicación correcta, racional y justificada del derecho buscando una decisión justa. La cual se inserta, claramente, en el modelo del Estado constitucional de derechos y justicia que nuestra constitución garantiza.

Por tanto, se entiende que la concepción axiológica del proceso, no puede partir de la base de que lo demostrado en el proceso (audiencia de cualquier garantía jurisdiccional), indefectiblemente tendrá distinciones o variaciones sobre los hechos realmente acontecidos; pues, si partimos de la base de que la búsqueda de la verdad de los hechos, es ideológicamente oportuna y necesaria, aceptamos el supuesto que se trata inevitablemente de una verdad relativa y ligada al contexto en el que la verdad de los hechos es establecida (Patiño Chávez 2015).

En este sentido, ¿Se puede sostener la idea de que la función del proceso de garantía jurisdiccional está orientada a establecer la verdad de los hechos de la causa, para lo cual la normativa constitucional y legal determina amplios poderes de instrucción al juez constitucional? ¿Está el juez facultado, entre otras cosas, para complementar las iniciativas probatorias de las partes cuando éstas sean insuficientes o inadecuadas para la adquisición de todas las pruebas necesarias para adoptar una decisión que determine la verdad de los hechos? Tal como lo sostiene Taruffo (2008) “ningún ordenamiento procesal moderno renuncia a orientarse hacia la búsqueda de la verdad de los hechos, y ningún ordenamiento procesal moderno confía exclusivamente en la iniciativa de las partes para conseguir este objetivo” (p.179).

Sin embargo, diferentes ordenamientos jurídicos –al determinar su sistema procesal- parten de la base de la asignación de cargas probatorias, según las cuales, como regla general, el que afirma se encuentra obligado a probar el contenido de sus aseveraciones y, a partir de ese principio general, deberán de colmarse las cargas establecidas en cada procedimiento. Más, este principio general convive con otros principios procesales como: la excepción a la regla general, sobre la acreditación de los hechos negativos, o bien, en la acreditación de la legalidad de los recursos de un funcionario, a quien se le atribuye la ilicitud de los mismos, como lo contempla la legislación penal. En este contexto, y ante el escenario de aparente incertidumbre o

duda sobre la veracidad de los hechos en el proceso, al juez se le reconoce el poder probatorio de recabar pruebas para mejor proveer o en su efecto, utilizar la sana crítica para evaluar las pruebas aportadas por las partes procesales. No obstante, sostenemos que estos poderes probatorios sólo pueden estimarse complementarios de aquellas pruebas que rindan las partes para cumplir con las cargas probatorias que le son inherentes a cada una.

De ahí que, el diseño procesal constitucional ecuatoriano, parecería orientarse a esa búsqueda de la verdad, a través de permitir al juez ordenar la práctica de pruebas de modo accesorio o residual, respecto de la iniciativa instructora que les corresponda a las partes. Así, instituye constitucionalmente la presunción “de la inversión de la carga de la prueba” cuando sostiene que “se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la Y al referirnos a ideologías, nos referimos al hecho de determinar la función del proceso de garantías jurisdiccionales y el sistema constitucional en el que se enmarca la tarea del juez. De esta forma, optamos por partir de la opción ideológica “legal-racional” de Wróblewski, la cual se centra en la calidad de la decisión judicial, haciendo énfasis en la aplicación correcta, racional y justificada del derecho buscando una decisión justa. La cual se inserta, claramente, en el modelo del Estado constitucional de derechos y justicia que nuestra constitución garantiza.

Por tanto, se entiende que la concepción axiológica del proceso, no puede partir de la base de que lo demostrado en el proceso (audiencia de cualquier garantía jurisdiccional), indefectiblemente tendrá distinciones o variaciones sobre los hechos realmente acontecidos; pues, si partimos de la base de que la búsqueda de la verdad de los hechos, es ideológicamente oportuna y necesaria, aceptamos el supuesto que se trata inevitablemente de una verdad relativa y ligada al contexto en el que la verdad de los hechos es establecida (Patiño Chávez 2015).

En este sentido, ¿Se puede sostener la idea de que la función del proceso de garantía jurisdiccional está orientada a establecer la verdad de los hechos de la causa, para lo cual la normativa constitucional y legal determina amplios poderes de instrucción al juez constitucional? ¿Está el juez facultado, entre otras cosas, para complementar las iniciativas probatorias de las partes cuando éstas sean insuficientes o inadecuadas para la adquisición de todas las pruebas necesarias para adoptar una decisión que determine la verdad de los hechos? Tal como lo sostiene Taruffo (2008) “ningún ordenamiento procesal moderno renuncia a orientarse hacia la

búsqueda de la verdad de los hechos, y ningún ordenamiento procesal moderno confía exclusivamente en la iniciativa de las partes para conseguir este objetivo” (p.179).

Sin embargo, diferentes ordenamientos jurídicos –al determinar su sistema procesal- parten de la base de la asignación de cargas probatorias, según las cuales, como regla general, el que afirma se encuentra obligado a probar el contenido de sus aseveraciones y, a partir de ese principio general, deberán de colmarse las cargas establecidas en cada procedimiento. Más, este principio general convive con otros principios procesales como: la excepción a la regla general, sobre la acreditación de los hechos negativos, o bien, en la acreditación de la legalidad de los recursos de un funcionario, a quien se le atribuye la ilicitud de los mismos, como lo contempla la legislación penal. En este contexto, y ante el escenario de aparente incertidumbre o duda sobre la veracidad de los hechos en el proceso, al juez se le reconoce el poder probatorio de recabar pruebas para mejor proveer o en su efecto, utilizar la sana crítica para evaluar las pruebas aportadas por las partes procesales. No obstante, sostenemos que estos poderes probatorios sólo pueden estimarse complementarios¹ de aquellas pruebas que rindan las partes para cumplir con las cargas probatorias que le son inherentes a cada una.

De ahí que, el diseño procesal constitucional ecuatoriano, parecería orientarse a esa búsqueda de la verdad, a través de permitir al juez ordenar la práctica de pruebas de modo accesorio o residual, respecto de la iniciativa instructora que les corresponda a las partes. Así, instituye constitucionalmente la presunción “de la inversión de la carga de la prueba” cuando sostiene que “se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información”. Por otro lado, faculta al juez para que en curso de un proceso de garantía jurisdiccional escuche a otras personas o instituciones, para mejor resolver o si creyera conveniente, podría llegar a suspender la audiencia y ordenar la práctica de pruebas². De igual modo, la ley permite al juez que, al momento de calificar una demanda de una acción jurisdiccional, pueda ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas, sin que por ello se afecte el debido proceso o se dilate sin justificación

¹Cfr. (Patiño Chávez 2015)

²Véase el contenido de la norma en el artículo 14 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

la resolución del caso. Sin embargo, el legislador a creído conveniente incluir una presunción probatoria al sostener que, 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. Con lo cual, la carga de la prueba de que efectivamente no se produjo el hecho o acto vulneratorio a los derechos, recaería en la persona o institución demandada, quien deberá desvirtuar lo alegado, en la audiencia respectiva.

En consecuencia, la importancia de la regulación procesal de la prueba radica en el hecho de que la veracidad y la aceptabilidad del proceso, sobre los hechos es condición necesaria (aunque no suficiente) para que pueda decirse que la decisión judicial es justa, en el contexto de la verdad procesal. Por ello, concordamos con el profesor italiano, quien sostiene que la decisión judicial puede y debe basarse en una reconstrucción verdadera de los hechos en el ámbito del proceso. Así, identificado el objetivo de la determinación de los hechos, resulta evidente que con el término «prueba» se hace referencia sintetizadamente al conjunto de los elementos, de los procedimientos y de los razonamientos por medio de los cuales aquella reconstrucción es elaborada, verificada y confirmada como verdadera (Taruffo 2010, 100).

2. Las garantías constitucionales y su relación con el debido proceso

La Constitución de la República, reconoce los denominados derechos de protección, al igual que las garantías jurisdiccionales, así, el ejercicio de los derechos debe asegurar y garantizar el debido proceso. Sin embargo, de manera muy escueta se ha tratado el tema de la producción de la prueba dentro de las garantías jurisdiccionales.

El artículo 76, numeral 7, literal h) del señala que el derecho a defensa incluye: “presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra” (Constitución 2008, p.38) Es decir, mediante disposición expresa la Constitución reconoce el derecho a la prueba como un derecho constitucional de carácter procesal y por tanto tutelado por una garantía jurisdiccional. De tal suerte, es necesario entender que la prueba como tal, es la parte más importante del debido proceso, y cualquier limitación, o menoscabo en la adquisición y producción de la misma, violentan el debido proceso.

En un estado constitucional de derechos y justicia los poderes sean estos públicos deberían estar limitados al cumplimiento de las normas constitucionales, de manera particular, aquellos que tiene que ver con la aplicación de los derechos humanos.

La Constitución de 2008 usa el término garantía constitucional en el sentido de la teoría de Luigi Ferrajoli, 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- (Ferrajoli 2005, p.119).

En este sentido, las garantías primarias, se ubican dentro del grupo de las garantías normativas y las garantías de políticas públicas; mientras que a las garantías secundarias pertenecen las garantías jurisdiccionales y las garantías sociales. [...] (Cordero Heredia y Yépez Pulles 2015, p.41).

Las garantías jurisdiccionales, las encontramos en los artículos 86 a 94 de la Constitución de la República. Por lo tanto, podríamos decir que estas pertenecen al grupo de “garantías secundarias” que se aplican cuando se advierte la violación a un derecho humano. En tal sentido, su operatividad y aplicabilidad es responsabilidad de los jueces y juezas. Todas las disposiciones constitucionales, son plenamente exigibles y serán de aplicación inmediata.

Por otro lado, tenemos una categoría a la cual el jurista Gerardo Pissarello, las define como “las garantías sociales” que es un término acuñado por él y que básicamente 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”. (2007, p.43)

No menos importante es recordar el principio constitucional de seguridad jurídica, señalado en el artículo 82 de la Constitución, que expresa: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitución, 2008, p. 42).

En el mismo orden encontramos el derecho al debido proceso, contemplado en el artículo 76 *Ibidem*, numeral 1, señala: “corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”. Pero, la norma suprema, va más allá, al señalar y advertir que: “Las pruebas

obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria” (Constitución, 2008, Art. 76 Numeral 4).

2.1. La prueba judicial y su importancia

La prueba es un derecho, pues a través de ella se pueden cristalizar las pretensiones o excepciones en el proceso judicial; permite, además llevar a la satisfacción de derechos materiales o sustanciales. La prueba judicial se entiende como “todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos” (Devis Echandia 2000, p.25).

Pero adicionalmente, el derecho a la prueba, es parte del respeto y observancia al debido proceso, consagrado en la Constitución y, por ende, es una garantía del derecho de defensa. La importancia y la razón de la prueba tiene que ver con el estudio de los hechos que generalmente suelen afirmar cada una de las partes dentro de un determinado proceso, pretensión o litigio. De tal suerte que:

[...] el objeto de la prueba será aquello que puede probarse: es un elemento estrictamente objetivo y abstracto. (...) no se restringe a temas concretos de un proceso, tampoco a los beneficios o pretensiones que aspiran las partes, se aplica a todas las actividades procesales y extraprocesales en general [...] (Davis Echandía, 1981, p. 61)

De igual manera, se dice que el objeto de la prueba: “es el mecanismo que permite probar o acreditar tales hechos afirmados” (Matheus López, 2002, p. 1). Por lo tanto, podría abarcar un amplio campo dentro de la esfera de la demostración, en una línea de tiempo que bien permitiría considerar aspectos del pasado, del presente y quizá del futuro.

“Las afirmaciones sustentan la existencia o no de los hechos, desde la mirada objetiva del Juez quién tomará su decisión final sustentado en los hechos sobre los cuales se sustentan tales afirmaciones o negaciones”. (Davis Echandía, 1981, p. 64) En definitiva, diremos que el objeto de la prueba es el análisis de todo aquello que está sujeto a la comprobación a través del órgano jurisdiccional dentro de un determinado proceso.

Por ello, analizamos las nociones básicas de derechos fundamentales, para posteriormente centrar la problemática del derecho a la prueba en el escenario constitucional. De igual modo, la relevancia de la prueba como derecho, es afirmada por la LOGJCC en el artículo 4, numeral 1 y 9 al consagrar que las normas del debido proceso se respetarán en todos los procesos constitucionales, y que los jueces tienen la obligación de motivar sus decisiones, lo que incluye, desde luego: la motivación en torno a la valoración de la prueba.

La Constitución también recoge las limitaciones en las que se podrían incurrir en la producción de la prueba, como lo señala el artículo 76, numeral 4 que manifiesta: “que las pruebas obtenidas en contradicción con la Constitución y la ley carecerán de validez y eficacia jurídica”. (Constitución 2008)

Esto significa que existe un límite intrínseco de la prueba, pues advierte que solamente será válida la prueba, si ésta ha sido solicitada, ordenada y practicada sin violentar las disposiciones legales. La relevancia de la prueba en los procesos y como un derecho en general, también se encuentra claramente recogida en los principios del capítulo cuarto de la Constitución referido a la Función Judicial, sobre todo en el artículo 169 que sostiene:

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales garantizan 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. (LOGJCC 2009, p.93)

De igual manera, la relevancia de la carga de la prueba en los procesos de garantías jurisdiccionales, lo encontramos en:

El artículo 86, numeral 3 de la Constitución incluye un principio de inversión de la carga de la prueba; al igual que el artículo 16 de la LOGJCC, con la ampliación de que tal inversión también operará, aunque el accionado sea un particular, si la alegación se refiere a hechos discriminatorios o atentados contra los derechos del ambiente o de la naturaleza.

Con respecto a la parte de la inversión de la carga de la prueba. “Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información” (Porrás Velasco 2011, p.59).

Pero también, la información será contrastada desde otra perspectiva, aunque un poco lejana a nuestra realidad, pero no diferente, que señala:

que el derecho a la prueba es inexistente en los procesos constitucionales debido que no existe etapa probatoria, ergo –si continuamos con dicho razonamiento- la norma sería inconstitucional debido que restringe a las partes demostrar sus pretensiones en el proceso constitucional. Sin embargo, advertimos que dicha interpretación es errada, dado que no se condice ni con la finalidad y naturaleza de los procesos constitucionales. (Raa Ortiz 2019, p.2)

Esto significa que el problema no sólo se evidencia en nuestra legislación ecuatoriana, por el contrario, al parecer es un óbice en varias legislaciones constitucionales a nivel de Latinoamérica, en donde hace apenas diez años, se ha empezado a desmontar una serie de equívocos entre la relación prueba-verdad; adoptando así, un modelo racionalista respecto a la prueba . (Accatino 2019)

Paralelamente, se pretende fundamentar jurídicamente el procedimiento para la actuación de la prueba en los procesos de garantías jurisdiccionales. Así como examinar cómo actúa la prueba en garantías jurisdiccionales presentadas ante los jueces de primera y segunda instancia, a través del análisis de los casos.

2.2. Nociones de la prueba: procedimientos ordinarios y procedimientos de garantías jurisdiccionales

Ciertos sectores de la doctrina ecuatoriana, han manifestado su preocupación respecto del tema, y han propuesto que se debería “reformular” los principios que regulan la prueba en general, para de esta forma poderlos adaptar a los procesos constitucionales. Por ello, en primer lugar, debemos estar claros, y quizá en estricto consenso; que, en cualquier proceso judicial, la prueba es un instrumento que permite averiguar la verdad sobre los hechos litigiosos. Sin embargo, la forma en cómo está regulada esta institución a nivel constitucional, específicamente en los procesos de garantías jurisdiccionales no es suficiente. Para Daniel Raa Ortiz:

la actividad probatoria en los procesos constitucionales está restringida, debido que solo se permite el ofrecimiento de medios probatorios que no requieren actuación, lo que es contradictorio, porque –en estricto- todos los medios probatorios requieren actuación por el juez, aunque no sea necesaria una audiencia especial para ello. (2019, p.4)

El argumento de tal pretensión, radica en el hecho de que, los procesos ordinarios son asimétricamente diferentes de los constitucionales, la diferencia estriba en que, por ejemplo, en los procesos ordinarios lo que se pretende es resolver el conflicto entre las partes, no así, en los constitucionales, que además del interés particular, está de por medio el interés público, que tiene que ver directamente con el estado, y es aquí, donde se marca una diferencia importante que, según Taruffo no implica una necesaria “incompatibilidad entre el proceso como solución de conflictos y la búsqueda de la verdad de los hechos, a que se podría razonablemente decir que un buen criterio para resolver los conflictos es el de fundamentar la solución sobre una determinación verdadera de los hechos que están en la base de la controversia” (1991, p. 39).

Por otro lado, la regulación de la esfera probatoria en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es sumamente superficial. No contiene una regulación expresa sobre la actuación de la misma que permita conducir a la verdad de los hechos.

Para Oyarte, no basta con indicar cuáles son los medios de prueba a los que, de modo general, se puede acudir, como es la pericial, testimonial y documental, sino que se debe anticipar las pruebas que, efectivamente, se van a presentar y que se actuarán en la correspondiente audiencia o fase procesal, con la finalidad que el contrario pueda ejercer el derecho de contradicción. (2007, p.168)

En el mismo sentido, Porras, cuando se refiere al contenido del texto constitucional, señala que:

[...] El mismo artículo 86, numeral 3 de la Constitución incluye un principio de inversión de la carga de la prueba en los casos en que quien fuera demandado sea una entidad pública, es decir, en los demás casos en que el demandado es un particular operará el principio general de que quien afirma prueba [...] (2011, p.36).

Así pues, es importante establecer ¿Qué debemos probar en estos procesos de garantías jurisdiccionales? Varios juristas sostienen al respecto que, sólo se pueden probar hechos del pasado, más no las afirmaciones. La razón de esta aclaración radica en que:

En los procesos de carácter abstracto la prueba casi pierde toda su importancia, no así en los de garantías constitucionales, en los que siguen teniendo

trascendencia los hechos que dan origen a la acción u omisión que amenaza o viola los derechos constitucionales. (Porrás Velasco 2011, p. 39)

Otro aspecto relevante que menciona la autora, respecto al papel o rol que juega la prueba dentro del proceso, es que la prueba cumpliría una especie de triple función y lo sustenta apoyada en el criterio de Víctor de Santo, quién manifiesta lo siguiente:

(...) desde esta perspectiva la prueba puede ser considerada como procedimiento, medio o resultado. Procedimiento en cuanto se refiere a una parte del proceso en la que actúan partes y juez; medio porque se refiere al conjunto de mecanismos (testigos, peritos, confesión, etc.) legalmente establecidos, con que cuentan las partes y el juez, para contribuir a formar la convicción en el juzgador que posibiliten su decisión; y, resultado, en razón de que la convicción en el juzgador sólo es posible cuando se ha acreditado de manera fehaciente algo como cierto. (Porrás Velasco 2011, p.39)

Los criterios antes señalados, son de suma importancia y coincide plenamente con los elementos que los juzgadores utilizan como normas básicas en la construcción argumentativa de la “sana crítica” a través de la cual el juzgador deberá expresar suficientemente las razones por las que llegó a esa convicción, para lo cual debe asistirse de las reglas de la lógica, apoyado en la experiencia y su propia experticia, al momento de valorar la prueba. La fundamentación de la valoración de la prueba que realiza el juez debe ser expresa, coherente y suficiente, es decir, que debe motivar su decisión, de tal forma que la libre convicción sea reemplazada con la persuasión racional. Sin embargo, hay que mencionar que el juez, al momento de valorar la prueba, realiza una serie de inferencias inductivas basadas en generalizaciones empíricas que le permiten justificar conclusiones de carácter, muchas veces, probabilístico (Accatino 2019, 6).

Pero, nos surgen ciertas dudas, como, por ejemplo: ¿Todos los juzgadores la utilizan debidamente? ¿En materia constitucional, es relevante la prueba? Sobre todo, ¿Qué pasa con el control abstracto? Adicionalmente, pese al rol activo que por mandato le corresponde asumir al juez, recordamos que el juez, puede ordenar pruebas distintas a las solicitadas por las partes de manera excepcional y únicamente en circunstancias puntuales.

También, advertimos que existe un vacío respecto a los hechos que se deben probar, pues únicamente y en respuesta negativa, sabemos cuáles son los hechos que no se prueban, y dentro de ellos tenemos:

[...] los notorios, los evidentes, los generales y los presumidos por la ley; en su defecto, los que se prueban son todos los demás, siempre y cuando sean alegados por las partes y controvertidos ya que las pruebas deben ajustarse al asunto que se litiga y no ir más allá [...] (Alisina 1961, p.231)

Por otra parte, hay que establecer que, dentro de materia constitucional, sobre todo en la violación de derechos constitucionales, la carga de la prueba suele invertirse normativamente, esto es, en los procesos en los que la parte accionada, es una entidad pública.

El objetivo es clarificar la actuación de la prueba, de tal suerte que, los mecanismos para probar no permitan duda alguna, ni generen ninguna subjetividad por parte de los juzgadores. Es valioso resaltar el criterio del jurista Picó i, quien señala con relación a la forma de cómo se debe probar, lo siguiente:

(...) clasifica y denomina límites intrínsecos, propios de la actividad probatoria y extrínseca referidos a requisitos legales exigidos para su procedencia y actuación. (Picó i Junoy 2008, p.89)

Los límites intrínsecos según el autor mencionado son principalmente la pertinencia, la utilidad y la licitud. La pertinencia, tiene que ver con los hechos probados y el tema sometido a una decisión; mientras que la utilidad, es el grado de valor de la prueba para el esclarecimiento de los hechos controvertidos; y finalmente, la licitud, que se refiere a la correspondencia constitucional, es decir, viene a ser la garantía de la no violación de ninguna garantía o derecho constitucional.

Mientras que los límites extrínsecos se dividen en generales y específicos. Los generales, son aquellos que terminan afectando a todo medio probatorio, y se refieren en general al espacio de tiempo o temporalidad, en la actuación de las pruebas, así como a la legitimación de las partes; y, los específicos en cambio se refieren a uno específicamente o a varios medios de prueba.

A manera de ejemplo de lo que acabamos de mencionar, serían las regulaciones que existen sobre pruebas documentales, periciales y de testigos, en donde, cada una, presenta su particularidad propia, tiempos y momentos de actuación. Si no cumplimos con el límite extrínseco general, tal actuación, carecería de eficacia probatoria, igual que la prueba que se haya obtenido por medios ilícitos, dolo, fuerza o por ser improcedente, además, será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir, entre otras.

Estos argumentos expuestos, nos dan la fuerza para ratificar la necesidad imperiosa de regular la actuación de la prueba en los procesos de garantías jurisdiccionales. De esta manera, pretendemos demostrar que la teoría general de la prueba, como se pudo esgrimir en líneas anteriores, resulta ser insuficiente para describir, explicar y sustentar la actuación de la prueba en los procesos de garantías jurisdiccionales.

Concomitante con lo expresado, señalaremos que, a criterio de varios autores, de la propia normativa y una buena parte de la doctrina, se considera a la prueba, no como una simple parte del proceso, sino como un elemento fundamental del debido proceso, por tanto, del derecho de defensa; que, es en última instancia, parte de nuestro objetivo general (Hernández Valle 2006).

Es necesario recalcar que existen los suficientes elementos de juicio que hacen evidente que, la actuación de la prueba en garantías jurisdiccionales no tiene la suficiente claridad que garantice que los jueces decidan en función de una verdadera verdad procesal.

Por ello, afirmamos que, en nuestra legislación, no está claramente definido cómo se deben aplicar las disposiciones sobre las reglas respecto de la prueba en el caso de garantías jurisdiccionales.

Quizá otro tema, y tal vez ignorado, es la clara reflexión que señala Salim Zaidán, cuando señala que:

[...] La celeridad con que se desarrollan los procesos constitucionales subestimó la importancia de establecer reglas más precisas en relación a la prueba y a la audiencia. Adicionalmente, se puede constatar que la regulación procesal constitucional fue pensada, erradamente, desde el litigio ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, bajo la noción de la responsabilidad estatal objetiva. (Zaidán 2007)

Finalmente, con el propósito de evidenciar en cierta medida lo sostenido en este trabajo, se presentan, en el acápite de anexos, los resultados de las entrevistas a los jueces y juezas en términos generales y descriptivamente, esto debido a la propia metodología de investigación, que tiene que ver con la apreciación cualitativa, de la aplicación o no aplicación de un procedimiento regulado que garantice el derecho a la prueba en los procedimientos de garantías jurisdiccionales.

La entrevista consistió en plantear ocho interrogantes sobre el derecho a la prueba en materia de garantías jurisdiccionales (centrándose en la Acción de Protección). Así, nos centraremos en algunas respuestas que por analogía coinciden en

criterio general. De tal manera que cuando se les preguntó: ¿Considera usted que el Juez tiene reglas claras para la valoración de la prueba en garantías constitucionales? Su respuesta fue que si en un 75% y sólo el 25% dijo que no.

Cuando se les preguntó si estaban de acuerdo con que el Juez tenía claro cómo aplicar las reglas para la valoración de la prueba en garantías jurisdiccionales, la respuesta fue que NO en un 57.50%, mientras que un 42.50% dijo SI tenerlo claro. Lo cual es contradictorio a la pregunta anterior, tomando en consideración que un 75% dijo tener claro cuáles son las reglas para la valoración de la prueba en garantías constitucionales.

Cuando los entrevistados respondieron: si existía una correcta y adecuada aplicación de los medios probatorios en garantías constitucionales, el 57.50% contestó de manera afirmativa, que sí. Mientras el 42.50% dijo no estar de acuerdo en la adecuada y correcta aplicación.

Y, finalmente lo que nos preocupa es una de las preguntas que señala: ¿Considera usted que se debería reformar la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en cuanto se refiere a la producción de pruebas? El 95% dice que se debería reformar para aclarar los aspectos relacionados con la prueba; y, sólo el 5% no está de acuerdo que se deba reformar.

Así, a través de una sencilla reflexión es posible identificar una contradicción entre una y otra respuesta. Lo que permite sostener de manera global, la necesidad de una reforma a nivel procesal de la LOGJCC que establezca un tratamiento específico de la prueba.

Conclusiones

1. Hay que tener presente que el derecho a la prueba, es una parte esencial en la garantía del derecho al debido proceso; y su reconocimiento y garantía es indispensable para el efectivo goce de los derechos constitucionales. El artículo 76 de la Constitución de la República vigente contempla la garantía constitucional del debido proceso, en concordancia con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

2. Por lo tanto, toda persona tiene derecho a través del debido proceso a ser escuchada por un tribunal competente; de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte y hacer uso de los medios de impugnación contemplados en la ley, de tal suerte que puedan defender efectivamente sus derechos.

3. Sin embargo, a diferencia de los procesos ordinarios, en los procesos de garantías jurisdiccionales no existe un tratamiento específico sobre la actuación y práctica de la prueba, que concuerde con la naturaleza y finalidad de los mismos, con excepción de los procesos de medidas cautelares en las que claramente se indica que no hacen falta pruebas, pues por la naturaleza «cautelar» de las medidas, se requiere que el juez de forma emergente, sin trámite ni formalidad alguna, se pronuncie en función de la petición del accionante en el menor tiempo posible para evitar de esa forma que se consuma la violación de un derecho fundamental.

4. Es necesario advertir que un tema tan trascendental como el de la prueba en materia constitucional ha sido poco abordado en el Ecuador, a tal punto que la doctrina es escasa.

5. Parecería ser que el diseño procesal constitucional ecuatoriano, se decanta por reconocer una concepción racionalista de la prueba, la cual asume que la averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria y que de eso desprende que el principal parámetro de evaluación crítica de las normas que regulan la admisión, práctica y valoración de la prueba debiera ser, asimismo, el del grado en que ellas favorecen la minimización del riesgo de error (Accatino 2019, 8). Así, se evidencia que la actual regulación de la prueba en materia de garantías jurisdiccionales, incide en el grado de incertidumbre por el riesgo de error que existiría al no contar con parámetros objetivos sobre la admisión, práctica y valoración de la prueba. Sostener que las normas procesales del COGEP se constituyen en un parámetro válido ante la ausencia de una regulación efectiva en materia constitucional, se constituye en una falacia; por el hecho de que la discusión, naturaleza y propósito de los procedimientos regulados por el COGEP son muy distintos a los procedimientos de garantías jurisdiccionales.

6. Actualmente, existe una discusión fuerte sobre el hecho de cómo combinar en la regulación probatoria la minimización del riesgo de error y su distribución equitativa³ en los distintos procesos.

³Ver Accatino (2019), Stein (2005), Bayón (2007), Ferrer (2007).

7. Por último, esperamos que las reflexiones aquí expresadas constituyan un punto de partida para el debate y análisis continuo de la realidad procesal constitucional del ordenamiento jurídico ecuatoriano, a partir de la vigencia de la Constitución de 2008.

Anexos

La muestra que se tomó tiene la siguiente característica y composición por niveles de responsabilidades y de aplicación.

Tabla 1. Muestra de aplicación

Composición	Técnica	Muestra
Jueces de primera Instancia	Entrevista	11
Jueces de segunda Instancia	Entrevista	5
Secretarios de las Unidad Judiciales de Azogues	Entrevista	11
Ayudantes Judiciales de la ciudad de Azogues	Encuestas	11
Abogados en libre ejercicio profesional	Encuesta	15

Datos utilizados en la investigación, elaboración propia

Referencias bibliográficas

- Accatino, Daniela. «Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas”?» *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, 2019: 1-17.
- Alisina, Hugo. *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial Tomo III*. Buenos Aires : Ediar, 1961.
- Azula Camacho, Jaime. *Manual de Derecho Procesal*. Bogotá: Temis, 2008.
- COFJ. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Registro Oficial, 2009.
- COGEP. *Código General de Procesos*. 2015.
- Constitución. *Constitución de la República del Ecuador*. 2008.
- Cordero Heredia, David , y Nathaly Yépez Pulles. «www.inredh.org > archivos > pdf > manual_tecnico_critico.» septiembre de 2015. (último acceso: 14 de 10 de 2019).
- Davis Echandia, H. *Compendio de la Prube Judicial 8va.* edición. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1981.
- Devis Echandia, H. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Rubinzal-, 2000.
- Ferrajoli , Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trota, 2005.
- Giacomette Ferrer, Anita. “Valoración de la prueba por el juez constitucional”. 2010.
- Hernández Valle, Rubén. «“La prueba en los procesos constitucionales.”» *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2006.
- Kelsen, Hans . «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia.)» De Hans Kelsen, 46. 1969.
- LOGJCC. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito : Registro Oficial suplemento 52, 2009.
- Matheus López, C. A. «Sobre la función y objeto de la prueba.» <https://dialnet.uni-rioja.es/descarga/articulo/5084974.pdf>. 15 de marzo de 2002.

- Oyarte, Rafael . *Audiencia, prueba y responsabilidad en garantías*. Quito, 2007.
- Patiño Chávez, Juan. «Pruebas para mejor proveer y facultades de investigación a cargo del juez.» *En La prueba y la argumentación de los hechos*, de Héctor Fix Fierro y Jaime Cárdenas García. Barcelona: Tirant Lo Blanch, 2015.
- Picó i Junoy, Joan. *El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español*. Mexico: UNAM, 2008.
- Pisarelo , Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. *Elementos para un reconstrucción*,. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- Porras Velasco, Angélica. «La Prueba en los Procesos Constitucionales: aproximaciones a los principales retos en el caso ecuatoriano.» *En Apuntes de derecho procesal constitucional*; parte especial 1; Tomo II, de Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 267. Quito: RisperGraf C.A., 2011.
- Raa Ortiz, Daniel Ronald. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/ariojabermudez/2009/10/14/el-derecho-fundamental-a-la-prueba-en-los-procesos-constitucionales/>. 14 de octubre de 2019. (último acceso: 17 de julio de 2019).
- Taruffo, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- . *Simplemente la verdad*. El juez y la construcción de los hechos. Barcelona: Marcial Pons, 2010.
- Zaidán, Salim . https://www.youtube.com/watch?v=RQ3aydMnj_Y . 3 de marzo de 2007. (último acceso: 7 de noviembre de 2019).

CAP 4

Los derechos del Buen Vivir, la polémica entre contenido esencial y exigibilidad

Juan De Jesús Cando Pacheco

AUTORES

Juan De Jesús Cando Pacheco
Universidad Técnica de Machala
jcando@utmachala.edu.ec

Los derechos del Buen Vivir, la polémica entre contenido esencial y exigibilidad

Contenido

Introducción. 1. El contenido esencial desde la óptica de las generaciones de derechos. 2. La exigibilidad de los derechos. 3. El buen vivir como eje transversal de los derechos sociales en la Constitución del Ecuador. 4. A favor de la teoría de los principios. 5. El rechazo de la pretensión de hiperracionalidad de la ponderación. 6. Racionalidad teórica y práctica de la ponderación. Conclusiones.

Palabras clave: Derechos humanos. Derechos del buen vivir. Exigibilidad.

Introducción

Los derechos humanos nos dan un marco común de normas y valores universalmente reconocidos, y establecen además obligaciones del Estado para actuar de determinada manera o de abstenerse de ciertos actos, vinculados a tales derechos. Entre ellos, están los denominados derechos sociales, relativos a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida en dignidad y libertad, hacen referencia a cuestiones básicas como trabajo, seguridad social, salud, educación, alimentación, agua, vivienda, medio ambiente adecuado, cultura, entre otros. Tales derechos son universales, inalienables, interdependientes e indivisibles.

En el recorrido histórico de los derechos humanos, encontramos que los derechos sociales, en adelante DS, durante un largo periodo de tiempo, se ubicaron en una perspectiva secundaria dentro del plexo de derechos de los sistemas jurídicos y condicionados esencialmente a factores económicos. Las demandas por su materialización efectiva, tuvieron sus primeros ecos, en la década de los noventa del siglo pasado.

Un buen sector de la doctrina en América Latina –así como en Estados Unidos y Europa– consideran a los DS, como simples aspiraciones políticas, carentes de contenido jurídico obligatorio; desde esta perspectiva, a diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales no son jurídicamente delimitables, de modo que su cumplimiento pueda exigirse ante una autoridad administrativa o judicial. En contra adversa, van los teóricos que defienden la estructura y exigibilidad de tales derechos en igualdad de condiciones que los derechos civiles y políticos.

Los temas expuestos, son parte de la perspectiva de esta ponencia, que tiene como propósito abrir el debate respecto al alcance y eficacia de los derechos sociales positivados en la Constitución de la República del Ecuador, en torno al eje denominado derechos del buen vivir, tomando como referencia las construcciones teóricas formuladas en las dos vías, antes expuestas.

1. El contenido esencial desde la óptica de las generaciones de derechos

Una precisión inicial, el tema sobre las generaciones de los derechos y sus prestaciones, es esencialmente académica, tomando en cuenta que en el contexto internacional los derechos humanos, éstos tienen tres características comunes, son: uni-

versales, interdependientes e indivisibles; inclusive en el caso ecuatoriano, son de igual jerarquía, consecuentemente tales generaciones son históricas y académicas.

Efectuar un trabajo académico sobre los derechos sociales, implica recorrer una larga historia, según lo afirmado por (Rivadeneira, 1677), estos derechos son “producto de revoluciones y luchas políticas”, o como efectos de éstas, como medidas para apagar los fuegos generadas por éstas, los primeros reconocimientos que se registran en este ámbito de los derechos, fueron las prestaciones laborales y de seguridad social a favor de los trabajadores, y otros derechos vinculados al estado de necesidad humana en forma de derecho a la subsistencia. Es en el siglo XX, que se los identificó como “derechos socialistas”, en oposición al estatus del estado Burgués, según lo sostenido por el referido tratadista.

De acuerdo al pensamiento de LÓPEZ DAZA, 2005, existe en la literatura especializada un debate abierto y vigente sobre la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, principalmente por las incidencias de carácter económico que su aplicación conlleva, por ser principalmente prestaciones positivas fácticas del Estado, lo que ha impedido, en muchas ocasiones, su identificación como derechos subjetivos, y más aún, como derechos fundamentales.

Para referirnos a la generación de los derechos humanos, tomaremos la postura de Graciano González, citado por Bustamante Donas, Javier (2001), quien sostiene que los derechos humanos comprende una dimensión individual, una social y una en relación son su hábitat o entorno. De acuerdo con lo expresado, se identifican como derechos de primera generación a los civiles y políticos, cuyo fuente formal es el constitucionalismo liberal, con incidencia sobre el principio de libertad de los seres humanos; en cambio, los derechos de segunda generación, responde a un pensamiento humanista, son de naturaleza económica y social; y tienen incidencia en el principio de igualdad de las personas; finalmente los derechos de tercera generación, vinculados a la solidaridad, que identifican nuevas necesidades humanas, orientados a proteger los derechos de colectivos e intereses difusos, especialmente de grupos discriminados en diferentes dimensiones.

La función del Estado con respecto a las generaciones de los derechos cambia, según la misma postura citada, mientras en los derechos de primera generación se pretende defender a los ciudadanos del abuso del poder, con prestaciones esencialmente abstencionistas; en los de segunda generación, se pretende cierta intervención estatal para garantizar el acceso igualitario a los derechos de la referencia, con prestaciones positivas que generalmente van a significar erogaciones económicas

para el Estado; finalmente los de tercera generación, sus prestaciones tanto positivas como negativas, les corresponden cumplirlas al Estado, los particulares y se constituyen en ejes transversales de las normas supranacionales.

Siguiendo el mismo pensamiento, a los derechos civiles y políticos, generalmente se los reconoce como derechos subjetivos de corte tradicional, como plenos derechos; en tanto que, los derechos sociales, colectivos y difusos tiene el carácter de simbólicos, programáticos y de poca virtualidad jurídica.

Finalmente, existen construcciones teóricas que dan cuenta de la gestación de una cuarta generación de derechos vinculados al ciberespacio, relacionados con las redes de comunicación y todas sus manifestaciones y su incidencia en la dignidad humana.

Desde la postura opuesta a la justiciabilidad de los derechos sociales, se considera que la realización de los DS depende de la disponibilidad de recursos financieros por parte del Estado, lo que representa una limitación para muchos países, entre ellos, los latinoamericanos que registran carencia de suficientes recursos, tal es el caso Ecuatoriano, con un plexo de derechos sociales extenso, en los ejes del buen vivir, de atención prioritaria, colectivos, de la naturaleza, entre otros, parece que su materialización se torna utópica por decir lo menos. De otro lado, el reparto de los (escasos) recursos presupuestales es una atribución de los asambleístas democráticamente legitimados, por tanto, una tarea política, no judicial; acorde con esto, los jueces no estarían calificados ni legitimados democráticamente para decidir sobre temas presupuestales.

Frente a esta postura crítica a la justiciabilidad de los derechos sociales, los defensores de la plenitud de los derechos sociales, sostienen que se ha avanzado en la definición del contenido de estos derechos, toman para su postura, que en las Naciones Unidas, dentro del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – funciona una comisión de expertos que vigila la observancia del DS en el marco de los informes de los Estados Partes– encontrando en sus “Observaciones Generales” (General Comments) algunos de los derechos y obligaciones derivados del Pacto (Red-DESC, 2014).

Citando a la misma fuente, los documentos de la referencia, no tienen carácter vinculante, ofrecen una interpretación general sobre los derechos sociales, lo que constituyen orientaciones a los Estados Partes con miras a su materialización. Estos instrumentos han contribuido a la concretización de los derechos y son importantes para ayudar a su comprensión apropiada. Desde esta perspectiva, la definición del

contenido y el establecimiento de las eventuales violaciones a los derechos sociales no es tarea fácil, pero se ha demostrado que tales derechos pueden concretizarse jurídicamente, a tal punto que es posible someterlos a procedimientos judiciales. En la jurisprudencia, se afirma que es posible encontrar numerosos juicios de cortes nacionales e internacionales relativos a los DS (Red-DESC, 2014).

Se sostiene incluso que el costo de los derechos sociales y su “dependencia de los recursos” no le resta carácter jurídico a estos derechos. Se identifica, que los derechos sociales no sólo suponen derechos de prestación, sino que tienen el carácter de derechos de defensa y protección, dimensiones últimas que no fueron consideradas durante mucho tiempo en el debate sobre los derechos sociales. Se sostiene que el cumplimiento de los DS también exige, por ejemplo, la omisión de intervenciones estatales violadoras de derechos humanos, lo que generalmente no implica grandes inversiones de recursos y en algunos casos sólo presupone medidas legislativas.

En contra vía, se afirma que, la realización de los derechos civiles y políticos requiere el empleo de recursos. Se citan como ejemplos, lo ocurrido en los años ochenta y noventa del siglo pasado, encaminados a erigir en la región una organización electoral funcional en los Estados de regreso a la democracia después de largas dictaduras, son una muestra de ello. También se hace relación a los programas nacionales e internacionales y sus decisiones para el fomento del Estado de Derecho en Latinoamérica. En igual sentido se razona respecto al requerimiento de recursos para el funcionamiento de un sistema judicial y una organización electoral efectiva que garanticen a las personas el ejercicio de sus derechos de acceso a la justicia y de elección, de igual manera como el Estado, debe invertir recursos en un sistema apropiado de salud y de educación para que las personas puedan satisfacer sus derechos.

En la línea de la defensa del carácter indivisible de los derechos, se argumenta que no se puede en principio negar la calidad jurídica de los derechos sociales y calificarlos tan sólo como metas políticas, ya que los derechos humanos imponen obligaciones de carácter jurídico al Estado.

El citado Comité de DS de Naciones Unidas, fundamenta la plenitud de los derechos sociales al identificar tres tipos de obligaciones en los derechos humanos, de respeto, protección y garantía. Las obligaciones de respeto - obligations to respect- asignan a los Estados el deber de abstenerse de afectar directa o indirectamente el ejercicio de los derechos de las personas; en tanto que las obligaciones de protección - obligations to protect- el Estado se impone la responsabilidad de proteger a

las personas ante afectaciones de terceros a sus derechos; luego las obligaciones de garantía o cumplimiento - obligations to fulfill - comprometen al Estado a materializar el ejercicio de los derechos a través de prestaciones positivas.

2. La exigibilidad de los derechos

Además de las dificultades conceptuales, estructurales y de fundamentación de los derechos sociales, también conllevan la negación de su realización práctica, especialmente en los denominados derechos humanos y fundamentales, que contienen exigencias complejas para su ejecución. En este tipo de derechos, que la Constitución del Ecuador, los denomina del Buen vivir: alimentación, salud, educación, vivienda, seguridad social y trabajo- se distinguen dos tipos diversos de exigibilidad: la política y jurídica, esta última conocida como justiciabilidad.

La exigibilidad política, se la vincula con dos vertientes, la primera orientada a desideologizar su entendimiento y universalizar su reconocimiento efectivo, desde esta perspectiva se ha pasado de identificarlos con reivindicaciones sectoriales o grupales, especialmente de la clase trabajadora, para dar paso a formar parte constitutiva de las constituciones de estados socialistas especialmente, de los estados social de derecho y en declaraciones de convenciones o pactos internacionales de derechos humanos.

En la misma línea de la exigibilidad política, se considera que las acciones coordinadas de teóricos, activistas de derechos humanos, jueces y tribunales sensibles al desarrollo del constitucionalismo y del derecho internacional de derechos humanos, son los promotores de los avances políticos para la garantía del goce efectivo de los derechos sociales; de forma que la exigibilidad política, acumula la asimilación de experiencias comparadas, lobby político, desarrollo doctrinal, decisiones macroeconómicas, acuerdos o convenios internacionales y litigio internacional en pos de la plena vigencia de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos y fundamentales.

La exigibilidad jurídica, en cambio, siguiendo a Abramovich y Courtis, 2014, pag. 8, se la define como "... aquella posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia, el cumplimiento de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho, distinguiendo dos tipos de "exigibilidad", directa e indirecta, que a su vez poseen distintas dimensiones.

Siguiendo la misma línea de estos autores, la exigibilidad directa permite hablar de garantías normativas y garantías jurisdiccionales, es decir, la posibilidad de reclamación ante los tribunales. Por su parte, la exigibilidad indirecta permite la defensa de los derechos de la naturaleza a través de principios generales que direccionan todos los derechos, tales como el de igualdad y no discriminación o el derecho a la tutela judicial efectiva.

Ahora, desde la perspectiva ecuatoriana, los derechos reconocidos en la Constitución, mantienen el estatus de igual jerarquía, para su aplicación e interpretación, en consecuencia, se materializan bajo los principios del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, que se resumen en:

“a) Se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes. b) Son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial. c) Son plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento. d) Son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. e) Su contenido se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.

De forma que, del resumen antes referido, considero que, desde la normativa constitucional ecuatoriana, se da por superado el debate referido sobre la naturaleza, contenido y exigibilidad de los derechos sociales. Tanto más que, para la vigencia y materialización de tales derechos se han diseñado, garantías de tipo político, como las normativas y políticas públicas y de tipo judicial, las denominadas garantías jurisdiccionales de los derechos, que son: la acción de protección, la de acceso a la información pública, el hábeas corpus, el hábeas data, la acción de medidas cautelares autónomas, la acción extraordinaria de protección, la acción por incumplimiento y la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales.

3. El Buen Vivir como eje transversal de los derechos sociales en la Constitución del Ecuador

Inicio esta parte del trabajo, definiendo el concepto del buen vivir, siguiendo la óptica del indígena Aymara Fernando Huanacuni, citado por García Falconi, se afirma que para la cosmovisión de los pueblos originarios ante la crisis global que ha generado occidente, éstos plantean una nueva forma de valorar los Estados y sus

sociedades, considerando indicadores en un contexto más amplio, con el propósito de cuidar el equilibrio y la armonía que constituye la vida.

De tal manera que, el derecho al buen vivir, al decir de Huacacuni, es aquel “... vivir bien está ligado a la espiritualidad y esto emerge de un equilibrio entre el pensar y el sentir”. Es decir, basado en principios y valores ancestrales.

El referido autor, Agrega: “Vivir bien, está ligado a saber convivir, así que para visibilizar, expresar o proyectar el vivir bien, se tienen que restablecer las armonías con uno mismo, con la pareja, con la familia, con la comunidad, con la Madre Tierra y con el Padre Cosmos, y estas armonías se expresan a través del cuidado y el respeto; esto es cuidamos no porque es ajeno o porque una norma lo dice, sino porque somos nosotros mismos; ya que el deterioro de ese algo aparentemente externo es el deterioro de todos nosotros, más aún del conjunto, y ese conjunto es la comunidad, no solo de seres humanos, sino de la comunidad debida”.

Bajo esta cosmovisión, se incorporó en el Preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador, como fundamento constitucional al buen vivir, constituyéndose en eje transversal de todo el cuerpo normativo constitucional; y su condición de derecho se consigna desde el Art. 12 al 34; y, como plan consta el régimen del buen vivir, consignado desde el Art. 340 al 415, de la carta Magna; entre otras disposiciones constitucionales; incluso la labor legislativa ha generado en varios cuerpos normativos disposiciones al respecto; incluso, el denominado Plan Nacional de Desarrollo, conforme consta en la Constitución, paso a denominarse Plan Nacional del Buen Vivir, en el del gobierno del presidente Rafael Correa Delgado 2009-2013, y en el gobierno actual, se denominada Plan para toda la vida.

4. A favor de la teoría de los principios

Aquí defenderé la tesis de que la teoría de los principios puede imponerse frente a todas estas objeciones y, por tanto, puede utilizarse como fundamento para la construcción de una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española. Para tal fin, en primer lugar, aduciré ciertos argumentos a favor de la racionalidad de la ponderación. En segundo lugar, responderé a las objeciones concernientes al formalismo constitucional en que supuestamente incurre la teoría de los principios y a la pretendida legitimación que esta teoría otorgaría al Tribunal Constitucional para intervenir indebidamente en los márgenes de acción del Legislador y de la jurisdicción ordinaria.

La idea de que los derechos fundamentales son principios y los principios son mandatos de optimización, implica desconocer la indeterminación de los enunciados de los derechos fundamentales y soslayar la discrecionalidad del juez constitucional. Mediante la ponderación se trata de encontrar el punto óptimo de satisfacción de los principios en colisión. La posibilidad de encontrar ese punto, aduce la crítica, supone entender a la Constitución como un sistema axiológico pleno y coherente, que subyace al texto constitucional y que es independiente de él. Este sistema es una Constitución «metafísica» o «material», que prescribe una única respuesta para cada caso posible.

La Constitución material, a su vez, es el resultado de la institucionalización de una moral material en las disposiciones de derecho fundamental. Si esto es así, entonces lo que importa en definitiva es esa moral positivizada y no lo que establece el texto de los derechos fundamentales. Por lo tanto, la positividad de la Constitución se vuelve superflua. Ya no interesa el significado de lo que prescribe el texto constitucional, sino lo que los principios morales positivizados, en cuanto sistema independiente, ordenen o prohíban. La Constitución material está caracterizada por tres propiedades: es plena (no tiene lagunas), coherente (está exenta de contradicciones normativas) y clara (está exenta de indeterminación). Por consiguiente, continúa la crítica, cuando el Tribunal Constitucional la aplica, carece de discrecionalidad. El Tribunal Constitucional no puede elegir entre posibles interpretaciones del texto indeterminado de los derechos fundamentales, sino solamente reconocer la única respuesta correcta. Por esta razón, las decisiones del Tribunal Constitucional tienen un carácter meramente formal. Ellas se limitan a efectuar una ponderación formal de premisas y llevan necesariamente al resultado que ya aparece predeterminado por la Constitución material.

En este sentido, la teoría de los principios es comparable con la jurisprudencia de conceptos. Para las dos teorías, el sistema jurídico no está compuesto por normas sino por principios, que no están dotados de una existencia empírica, física, psíquica o social, sino ideal. Se supone que el Tribunal Constitucional puede reconocer esta existencia ideal. De este modo, el método jurídico de la teoría de los principios conduce a cierto tipo de epistemismo. Se parte de la base de que el juez puede conocer plenamente el contenido de los principios.

GARCÍA AMADO que esta es una reconstrucción inadecuada del sistema jurídico. Este autor rechaza la posibilidad de que exista una constitución material como la descrita, que pueda proveer una única respuesta correcta para cada caso

concreto. Además, sostiene que la ponderación supone una confianza ingenua en la racionalidad del Tribunal Constitucional, que iría aparejada a una extensión de sus competencias, a todas luces incompatible con la democracia. Uno de sus principales argumentos es que los principios morales no pueden tener un significado objetivo en una sociedad pluralista. Por esta razón, el juez no puede conocer objetivamente su contenido. (Realizado Por et al., 2019)

5. El rechazo de la pretensión de hiperracionalidad de la ponderación

Para comenzar, es pertinente reconocer que la aplicación del principio de proporcionalidad y de la ponderación no puede ser plenamente racional, en el sentido de que constituya un algoritmo para la aplicación de los derechos fundamentales. Los críticos llevan razón cuando afirman que la ponderación tiene un carácter formal y que, por tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez. La ponderación no puede garantizar este tipo de objetividad plena, porque semejante objetividad es una utopía que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo 68. De este modo, puede refutarse la objeción de que la ponderación es irracional, porque no es plenamente objetiva. Por el contrario, debe decirse que la objeción se basa en una pretensión de objetividad, que resulta hiperracional y, por tanto, irracional. Una pretensión de este tipo desconoce que las exigencias de racionalidad sólo pueden satisfacerse siempre dentro de determinados límites. Una objetividad en un sentido pleno no es posible ni deseable.

Sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinarían por el completo el contenido de los principios y prescribieron explícitamente lo que la Constitución ordena, prohíbe o permite para cada caso posible 70. La existencia de un sistema jurídico de este talante es imposible porque las disposiciones jurídicas que establecen los principios son siempre indeterminadas. La indeterminación normativa es una propiedad inherente al lenguaje de dichas disposiciones. Ahora bien, la existencia de un sistema jurídico semejante tampoco sería deseable, porque eliminaría la discusión democrática. Si la ponderación fuese objetiva, la objeción del formalismo constitucional sería acertada.

Las disposiciones de los derechos fundamentales predeterminarían el contenido de cada decisión del Legislador, la Administración y el Poder Judicial. Asimismo, el

derecho se petrificaría. Sería siempre necesario reformar la Constitución para solucionar los nuevos problemas sociales. Por el contrario, la teoría de los principios reconoce que ningún criterio para la aplicación de los derechos fundamentales puede ofrecer una objetividad plena. La ponderación es racional, incluso por el hecho de que su estructura reconoce los límites de su propia racionalidad.

6. Racionalidad teórica y práctica de la ponderación

Por otra parte, la ponderación es racional tanto desde el punto de vista teórico, como desde el punto de vista práctico. La ponderación es racional desde el punto de vista teórico, porque se propone como una estructura determinada, clara y libre de contradicciones para la aplicación de los derechos fundamentales. Esta estructura resulta de la combinación de la ley de colisión, la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación a favor del Legislador que ella establece. La ponderación es también racional desde el punto de vista práctico, porque su estructura argumentativa satisface las exigencias de la racionalidad del discurso jurídico y, como consecuencia, permite fundamentar correctamente sus resultados normativos en el marco del sistema jurídico.

Las objeciones relativas a la indeterminación conceptual, la incomparabilidad y la inconmensurabilidad de la ponderación pueden refutarse si se tiene en cuenta el papel que juegan la ley de la ponderación y la fórmula del peso. La ley de la ponderación —«Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»— determina con claridad conceptual la estructura de la ponderación. Esta estructura puede dividirse en los tres pasos que ALEXY diferencia en el Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales: «En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

La fórmula del peso amplía la definición de la ponderación, para incluir en ella las premisas concernientes al peso abstracto de los principios y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Mediante la escala triádica, esta fórmula aclara también cómo pueden compararse los grados de intervención en y de satisfacción de los principios en colisión, así como su peso abstracto y la seguridad de las premisas

empíricas. Mediante el cociente, la fórmula del peso aclara cómo se determinan las relaciones de precedencia entre los principios en colisión y, mediante la carga de argumentación, cómo deben decidirse los casos de empate, es decir, a favor del Legislador. (*StackPath, n.d.*)

Estos elementos excluyen la posibilidad de que la ponderación sea puramente subjetiva. Desde luego, la fórmula del peso no es un algoritmo. Esta fórmula no determina por sí misma el grado de intervención ni el grado de satisfacción de los principios en colisión, ni su peso abstracto, así como tampoco el grado de seguridad de las premisas que en cada caso deben tenerse en cuenta. Hay casos fáciles relativos a la determinación de estas magnitudes. Sin embargo, también hay casos difíciles en los que no es claro cuál sea la magnitud que deba atribuirse a estas variables. Si se mira desde la perspectiva institucional, debe decirse que el Tribunal Constitucional tiene un margen de discrecionalidad, o de forma más precisa, un margen de deliberación, para determinar, en los casos difíciles, la magnitud que corresponde a estas variables en el marco de la escala triádica.

Ahora bien, si se mira desde la perspectiva de la dimensión de corrección, debe concluirse que la fórmula del peso delimita este ámbito de deliberación del juez para la determinación de estas magnitudes en los casos difíciles y prescribe pragmáticamente de manera implícita, que esta determinación debe ser correcta. El juez eleva una pretensión de corrección en cuanto a la determinación de estas intensidades y debe ofrecer los mejores argumentos para justificar correctamente su elección. Quien observa la fórmula del peso desde la perspectiva institucional, debe afirmar que el juez elige las magnitudes en los casos difíciles. Quien la observa desde la perspectiva de la corrección, debe afirmar que el juez debe justificar tales magnitudes con los mejores argumentos. El deber de justificar correctamente la magnitud que se atribuye a cada variable tiene, sin embargo, un efecto positivo en la dimensión institucional: excluye la arbitrariedad judicial.

Es bien posible refinar la estructura de la fórmula del peso. La doble escala triádica propuesta por ALEXY es una estrategia para ello. Otra posibilidad consiste en establecer un conjunto de reglas argumentativas para la determinación de las magnitudes correspondientes a cada una de las variables. La formulación de estas reglas presupone la distinción entre las premisas normativas y empíricas que son relevantes para la determinación de las mencionadas magnitudes. Con su formulación del tipo «tanto mayor... cuanto mayor», estas reglas establecen un sistema de

cargas de argumentación que no eliminan, pero si delimitan un poco más el margen de deliberación del juez. De este modo, es claro para el juez qué es lo que tiene que fundamentar y para la opinión pública, qué es lo que tiene que controlar en la decisión judicial. También se hace explícito, cómo debe decidirse un caso, cuando a la carga de argumentación no se opone ningún argumento que tenga el peso suficiente para vencerla.

No obstante, refinar la fórmula del peso genera un problema de complejidad. Cuanto más se refine la fórmula del peso, más compleja será su aplicación. Con todo, éste no es un problema de la fórmula del peso como tal, sino una propiedad de su objeto, es decir, los principios de derecho fundamental. La aplicación de los derechos fundamentales implica la consideración de un número extenso de premisas normativas y fácticas, cuya importancia y singularidad varía en cada caso concreto. Esta propiedad, por tanto, afectará a todos los métodos alternativos para la aplicación de los derechos fundamentales (StackPath, n.d.)

Finalmente, es preciso enfatizar que la ponderación es un tipo racional de pensamiento, bien conocido y utilizado en diversas áreas de la reflexión humana, que no conduce a una jurisprudencia ad hoc. Incluso los escépticos de la ponderación llevan a cabo una ponderación cuando afirman que la ponderación solo satisface levemente las condiciones de racionalidad en la aplicación de los derechos fundamentales y que, por tanto, debe preferirse otros métodos más racionales. Un juicio como éste implica hacer una ponderación entre los métodos para la aplicación de los derechos fundamentales. La única manera de eliminar la ponderación, consiste en reemplazar su nombre por uno distinto o camuflar su existencia en medio de otra estructura argumentativa. Asimismo, los resultados de las ponderaciones entre derechos fundamentales no representan decisiones aisladas.

La ley de la colisión las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente es la base para la construcción de una red de normas adscritas de derecho fundamental, que se concretan mediante la ponderación, y que conforman el contenido de los derechos fundamentales. En España, por ejemplo, son bien conocidas las normas adscritas de derecho fundamental que el Tribunal Constitucional ha concretado para la solución de las colisiones entre las libertades de expresión y de información y el derecho al honor.

En cuanto al contenido de precedentes jurisprudenciales, estas normas adscritas deben aplicarse en casos futuros que sean idénticos o análogos. En estos casos futu-

ros, al Tribunal Constitucional le basta llevar a cabo una subsunción del caso bajo el supuesto de hecho de las normas adscritas concretadas en sentencias anteriores. No necesita llevar a cabo una nueva ponderación, a menos que sea necesario modificar el sentido de los precedentes. Ahora bien, estas mismas consideraciones se aplican en relación con la atribución de las magnitudes correspondientes a las variables de la fórmula del peso. La red de precedentes otorga previsibilidad a los resultados de la ponderación e integra en una unidad normativa a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a las disposiciones de los derechos fundamentales.

La rigidez de las disposiciones de los derechos fundamentales y la fuerza vinculante de los precedentes garantizan la estabilidad de los derechos fundamentales, al paso que la posibilidad de corregir los precedentes y de llevar a cabo nuevas ponderaciones atribuyen flexibilidad al sistema constitucional, para que este pueda adaptarse a las nuevas circunstancias. De esta manera los derechos fundamentales conforman un sistema de reglas y principios que se aplican mediante una interminable cadena de subsunciones y ponderaciones. Que acorde al discurso antes expuesto, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del Orbe, se distinguen los derechos civiles como propios en cambio los derechos sociales, económicos y culturales, se los reconoce como derechos programáticos, susceptibles de cumplir a través del desarrollo de normas secundarias.

En el caso ecuatoriano, además de haberse constitucionalizado los derechos de la naturaleza, se han incorporado mecanismos de tutela de los derechos que son iguales para todo el plexo de derechos constitucionales, con lo que se garantiza la exigibilidad de los derechos de la naturaleza.

Conclusiones

1. Los derechos humanos establecen las obligaciones que tienen los Estados de velar por su pleno ejercicio y evitar a toda costa cualquier tipo de situación que perjudique la realización de los mismos. Se caracterizan por ser universales, inalienables, interdependientes e indivisibles.
2. El debate sobre si los derechos humanos son de igual jerarquía antecede desde la historia, sin embargo, algo que es innegable es que existen generaciones derechos, tales como los derechos de primera generación (civiles y

políticos), los derechos de segunda generación (económicos y sociales); y, finalmente los derechos de tercera generación (colectivos y difusos).

3. La Constitución de la República establece una nueva clasificación de derechos, los denomina del Buen Vivir: alimentación, salud, educación, vivienda, seguridad social y trabajo.

4. La exigibilidad de los derechos permite hablar de garantías normativas y garantías jurisdiccionales, es decir, la posibilidad de reclamación ante los tribunales y la defensa de los derechos de la naturaleza a través de principios generales que direccionan todos los derechos.

5. Una de las características de los derechos constitucionales en el Ecuador, es que son de igual jerarquía y que la Acción de Protección y la Acción Extraordinaria de Protección constituyen los mecanismos idóneos para activar la exigibilidad judicial de los derechos.

Referencias bibliográficas

- Rivadeneira, R. (1677). Capítulo 47 Derechos Sociales. 2, 1677–1711. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf>
- BUSTAMANTE DONAS, Javier. 2001. Hacia la cuarta generación de derechos humanos
Disponibile en: www.oei.es/historico/revistactsi/numero1/bustamante.htm
- ABRAMOVICH, Victor y otros, 2014. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales, Buenos Aires. Disponible en: <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/429>
- Red-DESC. (2014). Red-DESC. <https://www.escr-net.org/es>
- ONU, 1982, Carta Mundial de la Naturaleza, disponible en: http://www.jmarcano.com/educa/docs/carta_mundial.html
- StackPath. (n.d.). [Www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

- Constituyente, 2008. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008. Disponible en <http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf>.
- ASAMBLEA NACIONAL. 2009. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009 Disponible en <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf>.
- Corte Provincial De Loja (ECUADOR). 2011. Sentencia Corte Provincial de Loja. Juicio No. 11121-2011-0010. Disponible en: www.elcorreo.eu.org/IMG/article_PDF/Jurisprudencia-Ecuatoriana-sobre-Derechos-de...
- Corte Constitucional Del Ecuador, 2015, Sentencia 218-15-SEP-CC. Caso 1821-12. CC. Disponible em: www.corteconstitucional.gob.ec.
- ONU, 1948, Declaración Universal de los Derechos Humanos, disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.
- Gudynas, Eduardo. 2011. Los derechos de la naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política. En A. Acosta, & E. Martínez, La Naturaleza con Derechos: De la filosofía a la política Quito: Abya-Yala.
- Melo, Mario. 2004. Los Pueblos Indígenas y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. In: Agencia Latinoamericana de Información (ALAI), Quito. Disponible en: <http://alainet.org/active/show_text.php3?key=6342>.

CAP 5

El estado de excepción en Ecuador: deformación y abuso de poder a partir de la Constitución de Montecristi

Thalía Marisol Veintemilla Sánchez
María Belén Aguilera Romero
José Eduardo Correa Calderón

AUTORES

Thalía Marisol Veintemilla Sánchez

Abogada en litigio

tveintemi1@utmachala.edu.ec

María Belén Aguilera Romero

Abogada en litigio

maguilera2@utmachala.edu.ec

José Eduardo Correa Calderón

Universidad Técnica de Machala

jecorrea@utmachala.edu.ec

El estado de excepción en Ecuador: deformación y abuso de poder a partir de la Constitución de Montecristi

Contenido

Introducción. 1. Primera deformación: Crítica a la errada función preventiva. 2. Deformación de la limitación del principio de territorialidad y temporalidad. 3. Medidas extraordinarias y abuso de poder. Conclusiones

Palabras clave: Estado de Excepción, Control Constitucional, Decreto Ejecutivo, Constitución, Medidas adoptadas.

Introducción

Los Estados de Excepción a lo largo de los años han venido tomando distintas denominaciones tales como: Estados de sitio, de guerra, de emergencia, medidas de pronta seguridad, etc. pese a ser llamados de varias maneras, Borja (2002) lo define como una herramienta jurídica mediante la cual se suspenden por un tiempo determinado y de forma parcial las garantías constitucionales para un fin específico que afecte al orden público.

Para Valim (2018) “La excepción se entiende como un conjunto de prerrogativas, explícito o implícito, de que se vale el Poder Ejecutivo para hacer frente a situaciones anómalas tales como una grave inestabilidad institucional o desastres de grandes proporciones” (p. 447).

Este régimen de excepción consiste en la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos constitucionales y la consiguiente atribución de poderes extraordinarios al poder ejecutivo para que ejercite un control enérgico de la paz y del orden interno en circunstancias graves de intranquilidad o conflicto interno. (Muñoz, 2020, pág. 40)

Por su naturaleza los Estados de Excepción cumplen con la finalidad de delimitar las situaciones que comienzan a tornarse de lo habitual a lo irregular, provocando tensiones tanto políticas como sociales, Melo (2015) citando a Trujillo enuncia que los Estados de Excepción son situaciones en donde el Poder Ejecutivo se ve en el deber de tomar medidas extraordinarias cuando la vía ordinaria se lo impida para poder salvar el orden público y la seguridad hasta que el peligro haya cesado.

La suspensión o limitación de ciertos derechos durante la declaratoria de Estado de Excepción tiene como objetivo disponer de mecanismos que puedan defender de manera efectiva el estado de derecho y la democracia (Ferrer & Herrera, 2017).

La Constitución dispone que dentro de un Estado de Excepción no habrá ningún tipo de contemplación a la vulneración indiscriminada de los derechos, pues sólo cabe la posibilidad de que se limiten algunos de ellos.

Como señala Eras, Valverde, Andrade, & Saltos (2019): “Tanto en derecho internacional como en derecho interno, el Estado de Excepción implica la suspensión del ejercicio de determinados derechos, sin que esto signifique que aquella facultad sea ilimitada” (p. 1071).

Los controles son necesarios para fijar límites a la Función Ejecutiva y evitar que se exceda de sus facultades o vulnere los Derechos Humanos. La Constitución como norma suprema del Estado emana normas de carácter obligatorio para todos los ciudadanos que incluyen al Presidente de la República. Los Decretos de Estado de Excepción “deben reunir determinadas condiciones y requisitos que obran a la manera de garantías jurídicas para preservar los derechos humanos en las situaciones de crisis” (Despouy, 1999, pág. 4).

La legislación ecuatoriana ha establecido tres tipos de controles frente a los Estados de Excepción, que son el Control Jurídico, el Control Político y el Control Convencional. El Control Convencional es llevado a cabo por la comunidad internacional a través de los Organismos Internacionales en virtud de los Tratados suscritos entre los Estados Partes (Aragón, 2002).

Por su parte, el Control Político es ejercido por la Asamblea Nacional, órgano que está facultado para poder revocar el Decreto de Estado de Excepción siempre y cuando lo crea necesario y cuente con los debidos justificativos, sin perjuicio del pronunciamiento que realice la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad del mismo.

Y, por último, el Control Constitucional es ejercido por la Corte Constitucional que es el máximo órgano de control, interpretación y de administración de justicia constitucional, en donde una de las atribuciones que posee este órgano es “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”.

Esto quiere decir que, la Corte deberá actuar de manera oportuna e inmediata en casos de restricción de derechos constitucionales para así salvaguardar la seguridad jurídica del Estado y su población, y por consiguiente velar para que las medidas excepcionales adoptadas en los Decretos de Estado de Excepción no sean excesivas y fuera del margen de la ley, caso contrario las dejaría sin efecto de forma inmediata.

“En el caso del Ecuador esta es una medida que ha sido tomada decenas de veces por los presidentes cuando el Estado está bajo un problema político, institucional, económico el cual atente contra la seguridad de los ciudadanos” (Gonzales, Erazo, Ormaza, & Narvaez, 2020, pág. 369).

Nos quedaremos en el análisis de este último, el mismo que, de acuerdo con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), tiene como objetivo “garantizar el disfrute pleno de los derechos constitucionales y salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos”.

Es menester precisar que los estados de excepción en ningún momento implican discrecionalidad para actuar al margen de la ley y sin control alguno; por el contrario, en estas situaciones el Estado debe estar sometido a controles de legalidad constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y cumplir a cabalidad con los requisitos establecidos en estas normas. (Eras, Valverde, Andrade, & Saltos, 2019, pág. 1059)

La Corte Constitucional ejecuta de forma automática el control formal y material, tanto de los Decretos que contenga la declaratoria de Estado de Excepción, así como de las medidas adoptadas en el marco de una emergencia, sin embargo, ¿Se ha cumplido adecuadamente con este trabajo?

1. Primera deformación: crítica a la errada función preventiva

Como se mencionó anteriormente la tarea de la Corte Constitucional no se agota con la revisión formal del contenido del Decreto, sino que, además, debe realizar un examen material del mismo, es decir, le corresponde verificar que la Constitución no sea violentada en las actuaciones reales del Presidente.

Así, la Corte revisará que la causal que invoque el Presidente de la República para la declaratoria de un Estado de Excepción, tenga relación directa con la realidad de los hechos que lo ocasionan. Estas causales pueden ser:

a. Agresión: La Constitución no establece de manera exacta a que se refiere con el término agresión, lo cual da lugar a un sin número de interpretaciones. De acuerdo con la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se define a la agresión como: “El uso de la fuerza armadas por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”.

Así mismo, la resolución en su artículo 3 dispone una lista de actos que pueden ser considerados como agresión independientemente de que exista o no una declaración de guerra. Lo establecido en esta resolución fue reafirmado e incorporado en

el Estatuto de Roma durante la Primera Conferencia de Revisión de la Corte Penal Internacional en el 2010 mediante un consenso de todos los países signatarios de dicho estatuto (Durango, 2014). Hasta la presente fecha no se ha dictado ningún Estado de Excepción bajo esta causal.

b. Conflicto armado internacional o interno: Los conflictos armados internacionales son aquellos que surgen entre dos o más Estados cuando existe una declaración de guerra y recurren al uso de las Fuerzas Armadas.

Por otro lado, los conflictos armados internos o también conocidos por el Derecho Internacional Humanitario como conflictos armados no internacionales son aquellos enfrentamientos que se desarrollan entre agentes no estatales generalmente grupos alzados en armas que luchan entre ellos o contra del gobierno, dentro del territorio de un Estado, además que los agentes no estatales como característica principal deben poseer una organización mínima (Hernández, 1999). Asimismo, hasta la presente fecha no se ha dictado ningún Estado de Excepción bajo esta causal.

c. Grave conmoción interna: La Corte Constitucional del Ecuador, en su dictamen N° 3-19-EE/19¹ estableció los siguientes parámetros para poder determinar lo que es una grave conmoción interna:

En primer lugar, la conmoción interna implica la real ocurrencia de acontecimientos de tal intensidad que atenten gravemente en contra del ejercicio de los derechos constitucionales, la estabilidad institucional, la seguridad y la convivencia normal de la ciudadanía. En segundo lugar, los hechos que configuran una situación de grave conmoción interna deben generar una considerable alarma social. Estos hechos, de manera frecuente, suelen ser reportados por los medios de comunicación. (Dictamen N° 3-19-EE/19, 2019)

Hasta la actualidad se han dictado 78 Decretos Estados de Excepción bajo esta causal.

¹Dictamen N° 3-19-EE/19, 3-19-EE (Corte Constitucional del Ecuador 9 de julio de 2019).

d. Calamidad pública o desastre natural: Tomando en consideración lo manifestado por la Corte Constitucional Colombiana estos acontecimientos se originan comúnmente por causas naturales y como resultado producen una alteración grave e imprevista de las condiciones sociales, económicas y ecológicas de un sector determinado, situaciones tales como; terremotos, inundaciones, deslizamientos de tierra, desbordamientos de ríos, entre otros (Sentencia C-216/11, 2011)². Hasta la actualidad se han dictado 7 Decretos Estados de Excepción bajo esta causal.

La Corte debe ser muy cuidadosa, percatarse de que en efecto los hechos hayan tenido real ocurrencia y que el Decreto justifique en debida forma alguna de sus causales constitucionales. Penosamente, se registran varios casos donde esto no ha ocurrido, sino que la Corte ha dejado la puerta abierta al Ejecutivo para dictar una serie de “Estados de Excepción preventivos”, lo cual no se considera apropiado (Salgado, 2004) y es abiertamente contrario a la concepción constitucional.

Ocurrió, por ejemplo, con el Decreto No.1680 del 2009, donde se estableció el Estado de Excepción de Petroecuador y sus empresas filiales permanentes cuya fundamentación es la deficiente administración de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador, que significaría una pérdida de ingresos para el desarrollo del pueblo ecuatoriano y que, consecuentemente, podía provocar una grave conmoción interna. Aquí se puede evidenciar que este Decreto no se basa en una existencia real de una conmoción interna, sino en una posibilidad que se puede desarrollar en un futuro.

La Corte, en su análisis de constitucionalidad contenido en la Sentencia N°. 0003-09- SEE-CC, no se detiene a recabar información que permita comprobar que los hechos alegados por el Presidente son de real ocurrencia o que generen una gran conmoción interna, lo que derivó en el hecho de que la declaratoria de constitucionalidad se haya realizado con 6 votos a favor y con un voto salvado de la Jueza Nina Pacari Vega, donde se destaca esencialmente de que existen los medios ordinarios para poder administrar correctamente Petroecuador, además que:

La declaratoria de Estado de Excepción no obedece a una naturaleza de carácter excepcional puesto que, como presupuesto para su procedibilidad no se ha evidenciado una situación de conmoción que lleve a la destrucción o caos del sistema político o que se produzca un caos social. (Sentencia No. 0003-09- SEE-CC, 2009)

²Sentencia C-216/11 (Corte Constitucional de Colombia 29 de marzo de 2011). Obtenido de Sentencia C-216/11.

En el mismo voto salvado, agrega que:

La Corte Constitucional debe realizar un análisis minucioso de la procedencia o no de dicho Estado Excepcional y sólo en casos que revistan una enorme trascendencia y, en donde no existan otras medidas necesarias para asegurar la estabilidad política y social del país adoptar esta medida. (Sentencia No. 0003-09- SEE-CC, 2009)³

En el Dictamen de Constitucionalidad No. 008-11-DEE-CC⁴ sobre el Decreto de Estado de Excepción en la Función Judicial se refleja algo similar en el Voto Salvado por parte de los Jueces Hernando Morales y Alfonso Luz que argumentaron lo siguiente:

c.2. En el caso de la Función Judicial, si bien es innegable el represamiento de procesos, así como la falta de jueces titulares, infraestructura y tecnología, ello de ninguna manera constituye una situación "extraordinaria de perturbación" ni "amenaza de gran magnitud al orden público", ni mucho menos se ha puesto en peligro la estabilidad del Estado. En consecuencia, no existe la "grave conmoción interna" invocada en el Decreto Ejecutivo 872, sino la mera suposición de la hipotética posibilidad de que ello "podría ocurrir", lo que contradice el artículo 121 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que exige de modo. (Dictamen N.º 008-11-DEE-CC, 2011)

Por otra parte, en cuanto a la emisión de los denominados Estados de Excepción Preventivos, tenemos al Decreto No. 884 dictado en función de las protestas de Octubre del 2019 a raíz de la eliminación de subsidios en el combustible, si revisamos la cronología de los hechos, cuando el Ejecutivo decide emitir el Decreto el día 3 de octubre, el país no estaba realmente convulsionado y es precisamente en este punto es donde surge el debate y se pone a consideración si realmente fue necesario que el Ejecutivo declarara un Estado de Excepcionalidad, ya que si bien es cierto los transportistas levantaron su voz en contra de las medidas que había

³Sentencia No. 0003-09- SEE-CC, 0003-09-EE y 0004-09-EE acumulados (Corte Constitucional del Ecuador 3 de septiembre de 2009).

⁴Dictamen N.º 008-11-DEE-CC, 0010-11-EE (Corte Constitucional del Ecuador 29 de septiembre de 2011).

adoptado el gobierno, convocando a concentraciones, plantones y cierres de vías para dar a conocer su descontento, pero aun así no fue sino hasta después de dos días en donde todo el país fue testigo de las múltiples situaciones de violencia que se vivieron en todo el territorio.

Diferentes publicaciones en los medios de comunicación nacional dieron a conocer la situación actual después de la declaración emitida por el Presidente, siendo así que el día 05 de octubre del año ya mencionado, los transportistas levantan el paro nacional pero las protestas ahora son lideradas por el Movimiento Indígena, que como consecuencia, la situación en las calles del país se volvió realmente caótica y violenta especialmente en la ciudad de Quito y Guayaquil, para el 10 de octubre del 2019 se reportaron 5 muertes, 554 heridos, 929 detenidos, saqueos en locales comerciales, enfrentamientos entre las autoridades y la ciudadanía, el 12 de octubre manifestantes destruyen bienes e incendian la Contraloría General del Estado, medios de comunicación son sujetos de ataques y el transporte público se encuentra paralizado, además 11 estaciones petroleras fueron tomadas por parte de los manifestantes provocando una pérdida considerable de dinero, aquellas actuaciones crearon una real ocurrencia de los hechos, una Declaratoria de Estado de Excepción es la medida indiscutible a la que debe recurrir el Ejecutivo para poder recuperar la normalidad y calma en el país ya que es imposible que dados los acontecimientos, los mismos sean resueltos a través de la vía ordinaria.

Pese al *status quo* instaurado por la Corte, las voces de la academia han insistido en exponer su postura crítica. Benavides (2011) ha indicado que los Estados de Excepción preventivos se contraponen con el principio de excepcionalidad a razón de que el peligro o amenaza debe tener las características de grave, concreto, actual o inminente, criterios que son compartidos por los autores.

“Los Estados de Excepción en general responden a circunstancias extraordinarias, por tanto, sólo deben interpretarse y aplicarse con carácter restrictivo respecto de las atribuciones de la autoridad pública” (Rubano, 2015, pág. 145).

2. Deformación de la limitación del principio de territorialidad y temporalidad

La declaratoria de un Estado de Excepción debe de delimitar el ámbito territorial y temporal de su aplicación. La norma constitucional es precisa en lo que respecta al territorio, en el Decreto debe fijarse el lugar donde se van aplicar las medidas extraordinarias que conlleva un Estado de Excepción, así como manifiesta el artículo 164 de la Constitución del Ecuador, estas declaratorias pueden ser en todo el territorio nacional o en una parte de él.

Tomando como referencia el Art. 4 de la Constitución, sin duda que cuando se habla de territorio nos referimos a la unidad geográfica comprendida por el espacio continental y marítimo, las islas adyacentes, el mar territorial, el Archipiélago de Galápagos, el suelo, la plataforma submarina, el subsuelo y el espacio supra yacente continental, insular y marítimo. Es decir, siguiendo este criterio, nuestro sistema constitucional entiende que el Estado puede entrar en momentos de crisis de forma general o parcial, siendo este último, porciones de territorio que deben establecerse con claridad en el Decreto Ejecutivo.

Por ejemplo, en el Decreto N° 1693 del año 2009, el Presidente de la República decidió declarar el Estado de Excepción en todo el territorio nacional a raíz de la rápida transmisión del virus de la influenza porcina y el desencadenamiento de efectos dañinos, lo que podría provocar una grave conmoción interna.

Por el contrario, en el Decreto N° 245 del 2010 se declaró el Estado de Excepción en una sola parte del territorio nacional, es aquel caso, en las Provincias de Tungurahua y Chimborazo, por los procesos eruptivos del volcán Tungurahua que provocaron la constante emisión de cenizas volcánicas.

Sin embargo, se observan casos en que la descarada necesidad de utilizar recursos de forma anticipada y sin planificación, han deformado la limitación territorial a la que se refiere la Constitución. Por ejemplo, en el Decreto No. 571 se hace referencia a que el Estado de Excepción se dictó sobre el “Edificio de la Asamblea Nacional” o, aún peor, en el Decreto No. 872 el Estado de Excepción no se aplica sobre ningún espacio geográfico en específico, sino que se lo hace “sobre el Poder Judicial”. Lo mismo evidenciamos en el Decreto No.618, donde se dictó Estado de Excepción “sobre el sector salud”.

En estos casos, la Corte ha indicado la constitucionalidad de estos Decretos, dejando pasar por alto un minucioso análisis en cuanto al principio de territorialidad, este principio se basa en establecer el espacio geográfico de un país en donde se aplicará la declaratoria de Estado de Excepción, destacando además que el Ecuador está organizado territorialmente por regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Dávalos (2008) manifiesta que con este principio lo que se busca es “restringir el uso de los poderes excepcionales a aquellos lugares y situaciones donde realmente amerite” (pág. 138).

En los ejemplos citados, la Corte parece haber olvidado que un Estado de Excepción debe aplicarse en zonas geográficas, o al menos parece haber deformado este principio, debido a que el Ejecutivo en la práctica se ha dedicado a dictar Estados de Excepción sobre Instituciones u Organismos estatales como en los casos mencionados anteriormente, contradiciendo totalmente lo que establece la Constitución.

Por otro lado, el principio de temporalidad dentro de un Estado de Excepción consiste en el tiempo en el cual van a tener vigencia las medidas extraordinarias adoptadas para enfrentar la crisis por el cual se decretó la excepcionalidad.

En nuestro criterio, reconociendo que los Estados de Excepción son, valga redundar, la excepción a la regla, la concepción del límite temporal invita a que los mandatarios encuentren la forma más rápida de retornar a la normalidad o, en su defecto, aprovechar el tiempo que dure la excepcionalidad para crear, o impulsar la creación, de las condiciones que permitan retornar a la misma. Bajo ese criterio de excepcionalidad, el principio de temporalidad nos impide tolerar la idea de tener Estados de Excepción con duración indefinida en el tiempo.

El aspecto temporal también debe ser puesto en análisis por la Corte Constitucional dentro del Control Constitucional que se ejerzan sobre los Decretos, entendiendo que es tarea de los Jueces limitar los casos en que el Ejecutivo utilice de forma excesiva esta atribución especial que le concede la Constitución para solucionar determinadas crisis en casos excepcionales. Sin embargo, recién en el año 2019, respecto del Dictamen N°5-19-EE/19 que controló el Decreto N° 884 del 2019 por las protestas de octubre de 2019 que establecía una duración de 60 días, se pudo conocer que la Corte Constitucional hizo valer su condición de máximo intérprete y contralor de las normas constitucionales, considerando excesivo e injustificado el plazo decretado por el Ejecutivo, y obligándolo a reducir su vigencia únicamente por 30 días.

Ahora bien, la Constitución establece que, si las causas que lo motivaron persisten, los Estados de Excepción podrán renovarse hasta por treinta días más. En esto no hay discusión, renovar hasta por treinta días más un Estado de Excepción, se enmarca perfectamente en los límites impuestos por el texto constitucional, por lo que esta atribución también ha sido frecuente por parte del Ejecutivo.

Sin embargo, insistiendo en nuestra postura que *el Ejecutivo debe solucionar la crisis dentro de los noventa días que le autoriza la Constitución, y no más allá de aquello*, ¿Qué ha ocurrido cuando el Presidente de la República considera que la excepcionalidad debe mantenerse aún después de los noventa días que la Constitución le permite?

Lamentablemente, se hizo costumbre durante los períodos presidenciales del ex Presidente Correa, que el principio de temporalidad se vea alterado a razón de reiteradas declaratorias y renovaciones sucesivas de los Estados de Excepción que tuvieron como resultado la ampliación, por mucho, del tiempo máximo de los noventa días que fueron autorizados por el constituyente.

Este tipo de actuaciones son consideradas como una estrategia gubernamental de transfiguración que se basa en prolongar indefinidamente el tiempo de duración de los Estados de Excepción para que así estos ya no dependan de las circunstancias que los motivaron en primer lugar (Arango, 2020).

Uno de los casos más inquietantes, lo encontramos en los Estados de Excepción decretados sobre el Edificio de la Asamblea Nacional entre los años 2010 y 2013, en donde se evidenciaron 10 decretos y 8 renovaciones que permitió mantener a las Fuerzas Armadas a cargo de la Guardia Legislativa en razón de los hechos suscitados el 30 de septiembre del 2010. Es decir, durante todo ese tiempo, el Ejecutivo no encontró la forma de solucionar el momento de crisis utilizando las herramientas ordinarias, o creándolas, si no existían, deformando por completo la aplicación del principio de temporalidad, con la anuencia de la Corte Constitucional que no se opuso en ninguno de los dictámenes de control que realizó sobre los mismos.

De hecho, la Corte Constitucional de forma expresa acepta esta posibilidad y manifiesta: “Solo se dará por terminado el Estado de Excepción cuando las causas desaparezcan, por el contrario, al no haber desaparecido las causas que originaron el Estado de Excepción en Petroecuador, entonces procede dictar uno nuevo” (Sentencia No. 0003-09- SEE-CC, 2009, pág. 9).

En la opinión de Tobón & Mendieta (2017) sostiene que: “El Poder Ejecutivo de turno, de una u otra forma, ha distorsionado la figura, mediante la declaración del Estado de Excepción o su aplicación de facto, casi de manera permanente, convirtiendo lo “anormal” en una costumbre “normal”” (pág. 69).

El debate se profundiza cuando llega la Pandemia de la COVID-19. Mediante Decreto No. 1017 se declara Estado de Excepción por sesenta días por calamidad pública en todo el territorio nacional, más tarde renovado por treinta días más con el Decreto No. 1052. Pero, frente al hecho evidente de que la pandemia no había terminado luego de esos 90 días, ¿Qué le correspondía hacer al Ejecutivo? ¿Cómo se debía pronunciar la Corte Constitucional?

Como ya lo criticamos anteriormente, seguir con la práctica de dictar un nuevo Estado de Excepción por la misma causa, no es la solución. El jurista ecuatoriano Rafael Oyarte (2020), indica que el límite temporal en una declaratoria de Estado de Excepción no denota un debate jurídico ya que, a su consideración, el límite impuesto por la norma ante un Estado de Excepción cumple con la finalidad de que cada declaratoria tenga un periodo de caducidad para que el mismo no desnaturalice su figura jurídica, sin embargo, el mismo profesor afirma que un Estado de Excepción puede durar más de noventa días y seguir prorrogándose, de treinta en treinta, por el tiempo que sea necesario siempre y cuando la causa que lo motivó permanezca vigente.

Podrá definirse como un ordenamiento jurídico paralelo que adjudica un poder especial y temporal a la autoridad para atender un problema cierto y grave, pero que en ningún caso se considera un poder absoluto, ya que sin importar la gravedad de las emergencias estará sujeto a claros límites que impiden desconocer los principios y postulados propios de un Estado de Derecho. (Araujo, 2020, pág. 106)

De este criterio, también discrepamos. Si bien se aleja de la costumbre correísta de dictar nuevos Estados de Excepción por la misma causa, aceptar la idea de tener Estados de Excepción ilimitados o extendidos indefinidamente en el tiempo, como ya hemos dicho, en el fondo conlleva a la misma transgresión al criterio de excepcionalidad y al principio de temporalidad.

Sin embargo, volvió a ocurrir. Luego de los Decretos N° 1017 y No. 1052, donde se tomó la decisión de dictar un nuevo Estado de Excepción por sesenta días, mediante Decreto No. 1074, citando nuevamente la causal de calamidad pública por la presencia de la COVID-19 en el Ecuador y esta vez añadiendo la situación de emergencia económica sobreviniente a la emergencia sanitaria que atraviesa el país.

La Corte Constitucional realizó su pronunciamiento a través del Dictamen de Constitucionalidad No. 3-20-EE/20⁵ sobre el “conflicto” y/o contradicción que representa lo manifestado en la Constitución en el artículo 166 frente a las decisiones tomadas por el Ejecutivo al momento de dictar otro Decreto bajo las mismas causales, ya que como lo señala la Constitución, una declaratoria de Estado de Excepción se puede dictar hasta un periodo total de noventa días, lo cual ya incluye su renovación.

La Corte en este Dictamen, hay que reconocerlo, hizo bien en descartar la “situación de emergencia económica” como causal para la declaratoria de un Estado de Excepción, la cual no está considerada en el Art 164 de la Constitución. También hace bien al reconocer que el Decreto No. 1074 sufre de ciertos vicios y no cumple con los límites temporales ni espaciales que la ley dispone y a su vez porque se dictaban sesenta días más de excepcionalidad pese a los noventa días que se dictaron anteriormente y que, en ese momento, ya estaban cumplidos. Sin embargo, preocupados por las graves consecuencias que podrían tener al levantar las medidas de restricción por los contagios masivos de COVID-19 entre la ciudadanía, decide mantener la línea marcada por sus antecesores, permitiendo que entre en vigencia un segundo Estado de Excepción por las mismas causas, como ya lo había permitido la Corte Constitucional en varias oportunidades anteriores. López & Gómez (2020) sostienen que:

Esta situación ha obligado a que los Estados hayan aplicado figuras constitucionales, como los Estados de Excepción, para reaccionar rápida y eficazmente con el fin de adoptar estrategias y acciones que les permita afrontar esta debacle que no tiene parangón con ningún otro periodo en la historia de la humanidad. (pág. 184)

⁵Dictamen N°. 3-20-EE/20, 3-20-EE (Corte Constitucional del Ecuador 29 de junio de 2020).

Pese a que sigue tomando fuerza el criterio mediante el cual la Corte deja carta abierta a la posibilidad de dictar nuevos Estados de Excepción por la misma causa, consideramos necesario que, en algún momento, el Ecuador marque distancia de dicha línea.

Creemos mucho más sensato el pensamiento plasmado en el Voto Salvado de la Jueza Pacari dentro de la (Sentencia No. 0003-09- SEE-CC, 2009):

3 c.- (...) La situación de crisis que justifica la declaratoria de excepción, es la misma situación de crisis que validó la declaratoria de excepción contenida en los Decretos Ejecutivos 1440 y 1544, lo cual denota que se trata de una situación permanente dentro de nuestro país, la interrogante que nos formulamos es ¿acaso vamos a vivir en un permanente Estado de Excepción los ecuatorianos?, considerando que la crisis económica es algo que ha acompañado la historia de nuestro país; la respuesta lógica resulta ser no, determinándose que el Estado de Excepción obedece a situaciones temporales y no a periodos de tiempo permanentes ya que no se puede sacrificar derechos a perpetuidad. (pág. 16)

En la misma línea, el Voto Salvado de las Juezas Karla Andrade, Daniela Salazar y del Juez Ramiro Ávila dentro del (Dictamen N°. 3-20-EE/20, 2020), quienes aun con más claridad afirmaron que:

23. En nuestro criterio, resulta imprescindible que la Corte se aleje expresamente de este criterio jurisprudencial que permitió dictar decretos de Estado de Excepción sucesivos, ilimitados e indefinidos hasta que las causas que lo originaron desaparezcan. Tal criterio contradice abiertamente los límites temporales dispuestos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, además de que fue el sustento de grandes abusos. **Según hemos señalado, si las circunstancias se convierten en permanentes, el Estado debe encaminar su aparato para generar las condiciones para manejarla dentro de los cauces democráticos ordinarios.** (La negrita y el subrayado son míos)

No obstante, este excesivo periodo de tiempo que el Ejecutivo pretendió declarar fue detenido por la Corte Constitucional, al someter a un respectivo Control Constitucional al Decreto 884 del mes de octubre del 2019 donde determinó lo siguiente:

(...) Esto no significa que el Presidente de la República no deba justificar el tiempo de vigencia de las medidas adoptadas. En consecuencia, de no encontrarse debidamente justificado el plazo máximo de constitucionalidad, esta Corte considera que el tiempo es excesivo a la luz de los hechos que ha constatado.

Es por ello, que la declaratoria anteriormente mencionada fue declarada como constitucional bajo a algunas condiciones entre ellas que el tiempo de excepcionalidad en este decreto sería únicamente por 30 días y no por el tiempo solicitado por el Ejecutivo. Además, recalcó y recordó que los Estados de Excepción bajo ningún precepto deberán ser indefinidos o arbitrarios ya que los mismos deben de cesar una vez que se haya recuperado el orden público y la normalidad en la sociedad.

3. Medidas extraordinarias y abuso de poder

En el marco de Estado de Excepción, el Presidente puede tomar medidas extraordinarias las que también deben de ser revisadas por la Corte, producto de esa revisión la Corte se permite “salvaguardar los principios por los que se rige, que son: excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad”.

Dentro del Control Formal de las medidas adoptadas en un Estado de Excepción, la Corte Constitucional deberá verificar que las medidas adoptadas cumplan con los siguientes dos requisitos: Que las medidas se ordenen mediante decreto y que se enmarquen dentro de las competencias materiales, espaciales y temporales de los Estados de Excepción.

Asimismo, se deberá realizar un pronunciamiento sobre el Control Material de las medidas que se tomen dentro del mismo. El artículo 123 de la LOGJCC establece los lineamientos para el Control Material que debe realizar la Corte ante las medidas que se tomen dentro de una declaratoria de Estado de Excepción, partiendo de que las medidas que se vayan a implementar sean necesarias para poder enfrentar la situación y que estas no hayan sido suficientes para recuperar el orden a través de medidas ordinarias. El cumplimiento de las condiciones y requisitos que provee el artículo ya mencionado concreta una serie de principios que serán

el punto de partida para que las medidas que se tomen guarden relación con la declaratoria.

Fix-Zamudio (2004) sostiene que la judicialización de las disposiciones legislativas dentro de un Estado de Excepción es “la única manera efectiva de evitar la arbitrariedad en las declaraciones de emergencia y su aplicación” (pág. 812). Conllevando a que las revisiones que se realicen dentro del mismo permitan que se examine la relación que guarda con el principio de proporcionalidad de las medidas que se adopten con el motivo de la declaratoria de Estado de Excepción.

Para ello es necesario que se verifique que la implementación de estas medidas cumplan con la finalidad de demostrar que “las normas que regulan situaciones similares en tiempo de normalidad son insuficientes para conjurar la situación anómala” o que “las medidas que han sido tomadas son exclusivamente para poder restablecer el orden perturbado”, a este requisito se lo considera sustancial dado a que a través del mismo se puede evitar el cometimiento de abusos o de extralimitaciones en la toma de medidas que tendrán como objetivo exclusivo el regreso a la normalidad.

La Corte Constitucional es aquella barrera encargada de hacer respetar la Constitución, permitiendo el pleno goce de derechos y que los mismos no se vean afectados por las disposiciones presentadas por el Ejecutivo, Xifra (1957) argumenta que “el Control de la Constitucionalidad es una consecuencia de la supremacía material y no formal” (pág.60). Por otro lado Falconí citado por Bolaños (2014) manifiesta que aquel control que es realizado por la Corte “aparece ligado a la idea de un gobierno limitado por el derecho, de este modo se evita el despotismo” (pág.61).

Sin embargo, el Poder Político siempre encuentra la forma de abusar de la norma, incluso la Constitucional, y esta posibilidad de hacer uso de medidas extraordinarias se suma a la gran lista, encabezada por la atribución especial de utilizar los fondos públicos destinados para otros fines, en las condiciones prescritas en el Art. 165.2 de la Norma Constitucional, donde se excluye lo correspondiente a salud y educación. Esta ha sido la “atribución estelar” de los Estados de Excepción dictados en virtud de la Constitución de Montecristi. Durante el gobierno del Presidente Rafael Correa, se utilizó esta atribución, al menos, en 86 Decretos.

Sin embargo, quien se atrevió a hacer lo inimaginable, fue el Presidente Lenin Moreno y su Ministro de Finanzas, Richard Martínez. Como consecuencia del Decreto No. 1017 que se dictó por la calamidad pública ocasionada por la COVID-19,

se orquestó un recorte al presupuesto de las universidades públicas en casi cien millones de dólares, en manifiesta contraposición a la limitación expresa del Art. 165.2 de la Constitución. Es más, en su intento por ocultar lo sucedido, el recorte ni siquiera se realizó mediante Decreto, como lo ordena la Constitución, sino que se emitió mediante la Circular Nro. MEF-VGF-2020-0003-C, un comunicado general, mediante el cual se informó a las Universidades que sus partidas presupuestarias para la contratación de su personal académico quedaban sin recurso alguno. En ese caso puntual, se evidencia un clarísimo abuso de poder que, además de violentar el principio de autonomía universitaria, excede las limitaciones constitucionales del Estado de Excepción.

En este contexto, diferentes organizaciones sociales, de profesores y estudiantes, presentaron una Acción de Incumplimiento contra del Dictamen No. 1-20-EE/20 signada con el No. 34-20-IS y acumulados, conjuntamente con una solicitud de medidas cautelares que, si bien fueron concedidas inicialmente, nunca se cumplieron por parte del Ministerio de Finanzas, ya que las Universidades y Escuelas Politécnicas no pudieron volver a hacer uso de esos recursos.

Sin embargo, después de 113 días, la Corte realiza su pronunciamiento y decide desestimar las acciones interpuestas en los casos mencionados y revocar las medidas cautelares que habían sido ordenadas y que, como ya mencionamos, nunca se cumplieron. La Corte fundamentó su decisión en base a la Ley del Fondo Permanente de Desarrollo Universitario y Politécnico (FOPEDEUPO), donde manifiesta que dichos fondos se sostienen gracias a la recaudación neta del 10% del IVA y del 11% del impuesto a la renta, una vez recaudados estos valores son distribuidos por una fórmula brindada por la SENESCYT y aprobada por el Consejo de Educación Superior (CES) para que posterior a ello, el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) sea el encargado de definir el monto que le corresponderá a cada universidad pública del país.

De este modo, el MEF mantuvo su postura en cuanto al presupuesto de las universidades, consideró que los mismos se ven afectados debido a la pandemia de la COVID-19 y a la crisis económica por la que ha venido atravesando el país, y mucho más aún cuando dicho fondo depende de recaudaciones que se ven claramente afectadas al alto impacto provocado por la pandemia. En ese sentido, la Corte, en su Sentencia con fecha 31 de agosto del 2020 determinó que:

148. Con respecto a la pretensión predominante de las demandas acumuladas en esta causa, de que se restituya el presupuesto a las universidades públicas, bajo las características constitucionales, legales y técnicas que revisten de predictibilidad a las transferencias correspondientes a las preasignaciones para gastos permanentes en educación superior es materialmente irrealizable, dado que la recaudación tributaria inicialmente proyectada no se cumplirá por las apremiantes circunstancias económicas que son de conocimiento público. No es factible, entonces, ordenar mediante sentencia que se restituya una cantidad de dinero que muy probablemente no se recaude en un ejercicio fiscal determinado. (Sentencia No. 34-20-IS y acumulados, 2020)⁶

El Estado de Excepción ha sido ideado para solucionar los momentos de crisis, que pueden ser provocadas por cualquiera de las causales que se encuentran descritas en el artículo 164 de la Constitución. En nuestro criterio, cualquiera de esas causas ya sea un desastre natural, un conflicto bélico, una revuelta popular como la del mes de octubre que paralizó el comercio a nivel nacional, pueden provocar una crisis económica de igual o mayor magnitud, sin embargo, pese a ello, el constituyente consideró prioritarios a dos sectores: la salud y la educación.

Al final, queda en el ambiente una sensación de incumplimiento, cuando fuimos testigos que docentes y médicos, a nivel nacional, se vieron en la necesidad de salir a las calles a levantar su voz a través de manifestaciones pacíficas para reclamar al Estado el pago de sus sueldos y asignaciones que constitucionalmente les correspondían. Le damos la razón a Figueroa (2020) cuando manifiesta que: “La COVID-19 pone en evidencia la poca atención del «deber especial de protección» que le corresponde a todo Estado en cuanto a sus tareas relacionadas con los derechos a la vida y a la salud” (pág. 424).

Resulta indispensable el respeto a la institucionalidad del Estado en todo tiempo, con mucha más fuerza en los momentos difíciles, sin embargo, la lista de abusos sigue sumando casos.

Un escenario igual de crítico lo encontramos cuando volteamos a la mirada a la suspensión de derechos durante los Estados de Excepción. Pese a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-8/87, referente

⁶Sentencia No. 34-20-IS y acumulados, 34-20-IS y acumulados (Corte Constitucional del Ecuador 31 de agosto de 2020).

a la limitación de derechos, señaló que “todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de algunos, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia”, el Ecuador registra acciones en contrario.

En el Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, que fue puesto en conocimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se revisaron las actuaciones del Presidente Sixto Durán-Ballén, quien mediante Decreto Ejecutivo No. 86 de 1992 declaró el Estado de Emergencia nacional, debido a los altos niveles de vandalismo en todo el territorio, que atentaban contra la integridad física de las personas y ocasionaba perjuicios a la propiedad pública y privada, generando así un grave estado de conmoción interna y por tal motivo se dispuso el despliegue de las Fuerzas Armadas, en coordinación con la Policía Nacional, para realizar operativos anti delincuenciales que tuvieron como resultado la ejecución extrajudicial de tres ciudadanos durante estos operativos.

De esta forma, el Estado ecuatoriano fue declarado responsable de la violación de sus obligaciones contempladas en los artículos 27 (suspensión de garantías), 4 (derecho a la vida), 8 (derecho a las garantías judiciales) y 25 (derecho a la protección judicial), en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), responsabilidad que fue aceptada mediante escrito por la violación de los artículos 8, 25 y 27, los artículos 8 y 25 fueron reconocidos porque nunca se iniciaron las investigaciones correspondientes por la muerte de los tres ciudadanos y el artículo 27 debido a que se suspendieron derechos fundamentales sin seguir los parámetros establecidos CADH.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó que el Decreto emitido no estableció límites espaciales, temporales, ni materiales para la suspensión de garantías, por lo que se autorizó implícitamente los abusos de la fuerza pública y tampoco se encontró que en la Ley de Seguridad Nacional estén fijados dichos límites dado que era la encargada de regular los Estados de Emergencia en la normativa interna del país de aquel entonces, por tal motivo la Corte declaró responsable al Estado ecuatoriano por la violación al artículo 4 de la CADH.

Esta sentencia sirvió como precedente para que el Estado ecuatoriano se comprometiera a regular debidamente los regímenes de excepción y el uso indiscriminado del mismo y ese compromiso se vio reflejado en la Constitución de Montecristi del año 2008, en donde los Estados de Excepción cuentan con una sección exclusiva

en la cual se encuentra detallada toda su normativa para que el Presidente de la República pueda hacer uso dicha facultad y los controles por los cuales este deberá ser sometido.

Sin embargo, las redes sociales permitieron palpar de cerca los incontables abusos por parte de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas en el marco del Estado de Excepción que se dictó mediante Decreto No. 884 por las protestas del Movimiento Indígena de octubre de 2019. La Defensoría del Pueblo en su séptimo y aparentemente último Informe Ejecutivo con información hasta el 13 de octubre del 2019 hizo conocer que la represión del Estado dejó un saldo de, al menos, 1192 personas detenidas, 1508 heridos, 10 personas perdieron un ojo y 8 personas fallecidas a nivel nacional. Pero no fue sino hasta el 17 de marzo del 2021, luego de más de un año la Comisión Especial para la Verdad y la Justicia (CEVJ), creada por la Defensoría del Pueblo, presenta oficialmente el “Informe de la Comisión Especial para la Verdad y la Justicia respecto a los hechos ocurridos en Ecuador entre el 3 y 16 de octubre de 2019” mismo que busca brindar un espacio directo a las víctimas y testigos para que expongan sus experiencias en relación a posibles vulneraciones de derechos humanos, otorgándoles así su derecho a la verdad a ellas y a la sociedad ecuatoriana en general.

La Comisión Especial para la Verdad y la Justicia (2021) determina que durante las protestas de octubre y el conflicto que se desató la población ecuatoriana vivió los hechos desde dos perspectivas distintas: el grupo de quienes protestaban en contra de decisiones gubernamentales y de las condiciones de inequidad social y económica que no han logrado ser superadas, junto a aquellos que se solidarizaban con la protesta, y otro sector de la de la sociedad que vivió momentos de tensión, que rechazaba la violencia y la interrupción de sus actividades cotidianas y que terminó, en muchos casos, discrepando y oponiéndose a la protesta. (pág. 237)

La CEVJ recibió 519 testimonios durante su mandato. De este universo, 249 corresponderían a vulneraciones de derechos humanos perpetradas por agentes estatales en el contexto del paro nacional de octubre; 169 hombres y 80 mujeres. Adicionalmente, todos aquellos casos de acciones violentas de manifestantes en contra de agentes del Estado, periodistas, civiles y contra bienes públicos y privados. (...) Sobre presuntas y presuntos responsables institucionales, de los 249 testimonios de víctimas de violaciones de derechos humanos, se desprende que 189 habrían sido perpetradas por personal de la Policía Nacional, lo que corresponde al 75 %, y 34 por personal de las Fuerzas

Armadas que corresponde al 13 %. Además, se estableció que al menos 26 personas de entidades públicas no habrían actuado conforme a sus competencias, lo que corresponde al 10 %, entre ellos personal de la Fiscalía General del Estado. (Comisión Especial para la Verdad y la Justicia, 2021, pág. 239)

Respecto a las presuntas violaciones a los derechos humanos, la CEVJ analizó casos que guardan relación con los siguientes descriptores: 123 violaciones al derecho a la integridad personal, 38 violaciones al derecho a la libertad personal, 6 ejecuciones extrajudiciales, 22 atentados contra el derecho a la vida, 3 violencias sexuales, 20 lesiones oculares. Además, la CEVJ registró que 81 personas refirieron afectaciones psicológicas y 22 presuntos actos de persecución política. Algunas víctimas pudieron haber sufrido más de una vulneración (Comisión Especial para la Verdad y la Justicia, 2021, pág. 240).

Evidenciando el abuso de poder, violación a varios derechos en reiteradas ocasiones, pasando por encima de la integridad física, sexual y psicológica de algunos ecuatorianos quienes palparon en carne propia aquellos abusos y a los que el Estado ecuatoriano “posicionó una interpretación parcial de la realidad, poniendo énfasis en ciertos actores violentos y con una agenda desestabilizadora (...), esta posición oficial buscaba deslegitimar la protesta social que tenía legítimas motivaciones coyunturales y estructurales en la mayoría de actores movilizados” (Comisión Especial para la Verdad y la Justicia, 2021, pág. 237).

Por otra parte, se ha tergiversado la naturaleza del Estado de Excepción, pues este también ha sido utilizado y manipulado como una herramienta que defiende la democracia pero con la intención de proteger los intereses del gobierno e incluso legitima la vulneración de los derechos de los ciudadanos. (Maldonado & Trelles, 2020, pág. 571)

Las protestas o manifestaciones deben ser consideradas como un medio de expresión de participación ciudadana y no como un medio de alteración del orden público y por tal razón estas no deben de ser reprimidas si no alentadas (Álvarez, 2020).

En ese sentido, el abuso del poder no ha disminuido. Tanto en las actuaciones administrativas que recortaron el presupuesto de la educación, así como en las acciones de la Fuerza Pública que vulneraron de forma directa el derecho a la integridad física y la vida, los Estados de Excepción han sido herramientas de abuso del poder para transgredir la norma y, en consecuencia, los derechos de las personas.

Conclusiones

1. Los Estados de Excepción son una herramienta Constitucional que tiene como objetivo proteger el Estado de Derecho en situaciones de crisis mediante la implementación de medidas excepcionales, cuya facultad de expedición recae en el Presidente de la República.

2. La Constitución establece de manera clara las disposiciones a seguir para poder dictar un Estado de Excepción y cómo actuar durante este, pero en la práctica se ha podido observar el uso indebido de la naturaleza de esta figura como es en el caso de los Estados de Excepción “preventivos”, en donde se han expedido Decretos en base a situaciones irreales alegando que la finalidad de la declaratoria es evitar una grave conmoción interna, aun cuando la Constitución no contempla como causal una posibilidad sino un hecho con real ocurrencia.

3. La Corte Constitucional como ente máximo de Control Constitucional es la encargada de realizar un examen a los Decretos de Estados de Excepción a fin de que cumpla con todos los requisitos tanto formales como materiales establecidos por la ley, que mediante la revisión y análisis de sus dictámenes se ha podido evidenciar que no existe un apropiado y eficiente Control Constitucional sobre los Decretos y esto se refleja en que dentro de los 107 Decretos dictados desde la vigencia de la Constitución del 2008 hasta la actualidad, la mayoría han sido declarados como constitucionales sin serlos, dando paso al abuso de poder por parte del Ejecutivo.

4. La Corte en reiteradas ocasiones ha dejado pasar por alto la incorrecta aplicación de los principios de territorialidad y de temporalidad por parte del Ejecutivo al momento de emitir los Decretos de Estado de Excepción, en relación al primer principio se dedujo que el Ejecutivo declaró la excepcionalidad a Funciones del Estado e Instituciones Públicas olvidando completamente que al referirse a “territorio” se hace alusión a un espacio físico o área geográfica en la cual existe una población determinada. Por otro lado, la Corte también olvida la naturaleza del principio de temporalidad puesto que se hace caso omiso a lo establecido en la Constitución sobre el tiempo de duración de los Estados de Excepción y sus renovaciones, lastimosamente la incorrecta aplicación y la falta de control a estas declaratorias ha permitido que el Ejecutivo crea que se pueden seguir dictando cuando la causa

que lo motivó ha fenecido, conllevando así al mal uso de esta medida y malgasto de naturaleza en sí. Esta situación se tornó inquietante para algunos juristas con la aparición de la pandemia de la COVID-19, cuando el Ejecutivo desgasta los 90 días y la causa sigue vigente.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, F. (2020). Estado de Alarma o de Excepción. *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, 1-20. DOI: <https://doi.org/10.15304/epc.40.6706>
- Aragón, M. (2002). *Constitución y Control del Poder, Introducción a una Teoría Constitucional del Control*. México: UNAM.
- Arango, A. (2020). ¿Son los estados de excepción el problema? El ejercicio de la función legislativa a partir de la delegación expresa del Congreso: el caso colombiano. *Revista Derecho del Estado* (46), 189-222. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n46.08>.
- Araujo, J. (2020). Violación de los derechos humanos en Venezuela: la otra cara de la pandemia. *SUMMA: Revista Disciplinaria en Ciencias Económicas y Sociales*, 2(Especial), 87- 115. DOI: <https://doi.org/10.47666/summa.2.esp.08>
- Benavides, G. (2011). La excepción como regla ¿garantiza los derechos? *En Informe sobre derechos humanos* (Primera ed., pág. 175). Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Programa Andino de Derechos Humanos, PADH. Recuperado el 04 de octubre de 2020, de <http://www.uasb.edu.ec/User-Files/369/File/PDF/Actividadespadh/Informedhvimpresso.pdf>
- Bolaños, K. (2014). *La competencia del defensor del pueblo para conocer, determinar y sancionar la vulneración de derechos constitucionales de las personas con discapacidad frente al principio de división de poderes*. Recuperado el 29 de Julio de 2020, de <https://core.ac.uk/download/pdf/71903243.pdf>
- Borja, R. (2002). *Enciclopedia de la política*. (R. Borja, Ed.) México D.F: Fondo de Cultura Económica. Recuperado el 28 de 07 de 2020, de https://www.encyclopediadelapolitica.org/estado_de_sitio/

- Comisión Especial para la Verdad y la Justicia. (2021). *Informe de la Comisión Especial para la Verdad y la Justicia respecto de los hechos ocurridos en Ecuador entre el 3 y el 16 de octubre de 2019*. Quito. Obtenido de <http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/2942>
- Dávalos, M. (2008). Estados de Excepción: ¿mal necesario o herramienta mal utilizada? En R. Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo y Sociedad* (págs. 123-162). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Despouy, L. (1999). *Los derechos humanos y los estados de excepción*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Dictamen N.º 008-11-DEE-CC, 0010-11-EE (Corte Constitucional del Ecuador 29 de septiembre de 2011).
- Dictamen N.º 3-19-EE/19, 3-19-EE (Corte Constitucional del Ecuador 9 de julio de 2019).
- Dictamen N.º 3-20-EE/20, 3-20-EE (Corte Constitucional del Ecuador 29 de junio de 2020).
- Durango, G. (2014). Análisis sobre el crimen de agresión en la Corte Penal Internacional a partir de la Conferencia de Revisión (Kampala). *Retos y Perspectivas. International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* (24), 193-218.
- Eras, J., Valverde, Y., Andrade, O., & Saltos, M. (2019). Estudio de la casuística de las declaratorias de los estados de excepción y su relación con la norma constitucional y los instrumentos internacionales de los que el Ecuador es parte. *Unian-des EPISTEME*, 6 (Especial), 1056-1072. Obtenido de <http://45.238.216.13/ojs/index.php/EPISTEME/article/view/1793/1051>
- Ferrer, E., & Herrera, A. (2017). La suspensión de derechos humanos y garantías. Una perspectiva de derecho comparado y desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *En Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tomo 2: Estudios jurídicos* (págs. 105-129). Ciudad de México.
- Figuroa, E. (2020). Estados de excepción, COVID-19 y derechos fundamentales. *Revista Oficial Del Poder Judicial. Órgano De Investigación De La Corte Suprema De Justicia De La República Del Perú*, 11(13), 407-438. DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.51>

- Fix-Zamudio, H. (2004). Los estados de excepción y la defensa de la Constitución. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 37(111), 801-860. Recuperado el 30 de septiembre de 2020, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332004000300002
- Gonzales, S., Erazo, J., Ormaza, D., & Narváez, C. (2020). La desnaturalización de los Estados de Excepción. *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, 5(8), 353-372. DOI: <http://dx.doi.org/10.35381/racji.v5i8.578>
- Hernández, A. (1999). Los conflictos internos: naturaleza y perspectivas. *Agenda Internacional*, 61-103.
- López, G., & Gómez, C. (2020). Estado de excepción y restricción al derecho a la educación en Colombia por la COVID-19. *Opinión Jurídica*, 19(40), 163-186. DOI: <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a8>
- Maldonado, M., & Trelles, D. (2020). Estado de Excepción en el Ecuador ¿Limitación justificada de derechos constitucionales o un mecanismo arbitrario? *Revista Científica FIPCAEC (Fomento de la investigación y publicación en Ciencias Administrativas, Económicas y Contables)*, 568-605.
- Melo, D. R. (2015). *El estado de excepción en el actual constitucionalismo andino* (Vol. 181). Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Corporación Editora Nacional. Recuperado el 04 de octubre de 2020, de <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4910>
- Muñoz, W. (2020). Naturaleza jurídica de los Derechos Humanos en el régimen de excepción como una garantía del Estado de Derecho. *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 35-46.
- Oyarte, R. (17 de 06 de 2020). Estado de excepción y eliminación de pensiones vitalicias a los exmandatarios. *Ecuador Noticias*. (F. Vela, Entrevistador) Facebook. Obtenido de Estado de excepción y eliminación de pensiones vitalicias a los exmandatarios: <https://www.facebook.com/watch/?v=604987507116683>
- Rubano, M. (2015). Estados de excepción constitucional en Chile. *Revista de Derecho Público* (48), 139-146. Obtenido de <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/48/archivos/rubano48.pdf>

- Salgado, H. (2004). El estado de emergencia en la Constitución. En *Los derechos fundamentales* (pág. 144). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Sentencia C-216/11 (Corte Constitucional de Colombia 29 de marzo de 2011). Obtenido de Sentencia C-216/11.
- Sentencia No. 0003-09- SEE-CC, 0003-09-EE y 0004-09-EE acumulados (Corte Constitucional del Ecuador 3 de septiembre de 2009).
- Sentencia No. 34-20-IS y acumulados, 34-20-IS y acumulados (Corte Constitucional del Ecuador 31 de agosto de 2020).
- Tobón, M., & Mendieta, D. (2017). Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano. *Opinión Jurídica*, 16(31), 67-88. DOI: <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n31a3>
- Valim, R. (2018). Estado de excepción. *Derechos en Acción*, 7(7), 438-461. DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e167>
- Xifra, J. (1957). *Curso de Derecho Constitucional*. (Segunda ed.). Barcelona: Bosch.

CAP 6

Los gobiernos regionales en el Ecuador: análisis de las causas que han devenido en una utopía constitucional

María Alejandra Herrera Ortega
Jonás Ariel Córdova Bustamante
José Eduardo Correa Calderón

AUTORES

María Alejandra Herrera Ortega

Abogada en litigio

mherrera4@utmachala.edu.ec

Jonás Ariel Córdova Bustamante

Abogado en litigio

jcordova5@utmachala.edu.ec

José Eduardo Correa Calderón

Universidad Técnica de Machala

jecorrea@utmachala.edu.ec

Los gobiernos regionales en el Ecuador: análisis de las causas que han devenido en una utopía constitucional

Contenido

Introducción. 1. Sistema de competencias de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales. 2. Gobiernos Regionales: Una tarea pendiente. 3. Causas culturales y sociales. 4. Causas políticas. 5. Comentario sobre la Distribución de competencias. Conclusiones

Palabras clave: Gobierno Autónomo Descentralizado Regional, Descentralización, Competencia, Estado Autonómico, Actores Políticos, Actores Sociales, Regionalismo.

Introducción

El artículo primero de la norma constitucional determina las características del Estado ecuatoriano en donde establece que el Ecuador es un Estado unitario, que se caracteriza por estar organizado en forma de república, y donde la descentralización es una manera de gobierno del país. Además, su organización territorial consta como uno de los objetivos del COOTAD y en concordancia con el artículo 242, las regiones, las provincias, los cantones y las parroquias rurales son las formas en las que el Ecuador se encuentra organizado territorialmente. Sin embargo, la materialización de lo expuesto en los presentes artículos constitucionales no se ha visto reflejada en la actualidad, existiendo únicamente las provincias, cantones y parroquias, dejando a un lado el proyecto de los gobiernos regionales.

Dentro de las nuevas formas de organización, la futura conformación de los gobiernos regionales se preveía como un pilar en la recuperación y transformación del Estado, para superar “la histórica y aberrante inequidad territorial” (SENPLADES, 2012, pág. 7), y un regionalismo base de una discordia permanente, causado así mismo por tensiones entre el gobierno central, los gobiernos locales y su demanda de mayores atribuciones y recursos para de este modo, decidir sobre su futuro (Larrea, 2011).

El Estado ecuatoriano, al asumir un nuevo modelo de ordenamiento territorial (así como la posibilidad de la creación de las regiones), debe ser consciente que se necesita una vinculación fuerte y efectiva, “espacios de consenso institucional, vertical y horizontal, entre los distintos niveles político-administrativos y entre los gobiernos del mismo nivel” (Benabent & Vivanco, 2019, pág. 141) que permitan concatenar los principios de autonomía, coordinación, con atención a las competencias, vigilando también los principios de complementariedad y subsidiariedad.

Por tanto, la descentralización en regiones sólo se ha estandarizado en meras propuestas. Benalcázar (2010) ya criticaba que la Constitución de la República “caminaba” en un sentido contrario, o al menos que no concordaba con la realidad ecuatoriana. Este autor, mencionaba:

La nueva Constitución Política de la República del Ecuador prevé un complicado sistema de organización territorial, que en un pequeño territorio de 256.370 kilómetros cuadrados, incorpora las figuras de la región autónoma y del distrito metropolitano, junto a la ya existente división territorial en provincias, cantones y parroquias (pág. 28).

Más fuerte es aún su crítica a la inclusión de un modelo extranjero como el de las regiones, donde indica que el legislador constituyente no utilizó la "virtud de la prudencia política" (Benalcázar, 2010, pág. 28) y no cedió a la racionalidad de las regiones naturales y tradicionales de costa, sierra, oriente e insular, mismas que están delimitadas sin "artilugios jurídicos o por el prurito de imitar" (Benalcázar, 2010, pág. 28).

En todo caso, en este trabajo se ha tratado de analizar esta quimera constitucional llamada "Gobiernos Regionales", haciendo énfasis en las posibles causas que han impedido su materialización. Además, se hace una crítica desde una postura comparada con el proceso de conformación de autonomías en España, tratando de aportar al debate jurídico en el marco de este balance constitucional que se propone a lo largo de este texto.

1. Sistema de competencias de los gobiernos autónomos descentralizados regionales

La Constitución de la República permite la creación de los Gobiernos Autónomos Regionales, interponiendo tres requisitos principales para su conformación: las provincias tienen que ser contiguas, la población regional agrupada de más del cinco por ciento de la población nacional y la propuesta de conformación provendrá de los gobiernos provinciales interesados. La iniciativa también requiere de la creación de un proyecto de ley y del estatuto del nuevo GAD que deberá ser aprobado por la Asamblea Nacional dentro del plazo de ciento veinte días y ratificado por la Conste constitucional luego del debido dictamen constitucional, una vez hecha la validación de estos requisitos se llamará a consulta popular. Es necesario recalcar que el proceso de trámite de aprobación no llega a ser engorroso como para señalar trabas en la conformación de los GADs y ser posteriormente causa de estancamiento y no propulsión de su creación.

Ahora bien, la propia Constitución, en el artículo 262 establece 9 competencias exclusivas para los gobiernos regionales que se desarrollan entre la rectoría, determinación, planificación, control, regulación, promoción, gestión de asuntos o materias (transito, transporte, sistemas hídricos y viales, seguridad alimentaria, desarrollo, producción, entre otros), exclusivos a cada nivel de gobierno (Benabent & Vivanco, 2019).

Este tipo de competencias son reconocidas por la Norma Suprema para los gobiernos autónomos regionales, por lo tanto, para aquellas provincias que estén interesadas en constituir el GAD Regional, son de carácter obligatorias, progresivas y permanentes. Existen también otro tipo de competencias como la competencia concurrente entre el Estado y las regiones autónomas, sin embargo, estas no están definidas en el Texto Supremo, sino que se desarrollan en la ley. Con base a lo expuesto, el principal reto de los gobiernos regionales va enfocado a constituirse como “un nuevo nivel intermedio de gobierno que permita generar procesos de articulación horizontal para potenciar y complementar las capacidades territoriales” (SENPLADES, 2012, pág. 64).

“La descentralización propicia la interacción de un conjunto de actores que operan en espacios muy diferentes, dado que cada región tiene elementos particulares” (Cogco & Martínez, 2015, pág. 114). Es por ello que Ojeda (2002), con relación al estudio sobre la descentralización, afirma que “este proceso guarda sin duda una alta complejidad, siendo costoso y conflictivo desde su inicio, afectando intereses de ciertos grupos tanto a nivel local como nacional” (Batallas, 2017, pág. 109), por lo tanto, es indispensable no solo contar con los preceptos legales, sino también con una real voluntad de los agentes: Gobierno Central-GADs-Ciudadanía, y que en conjunto puedan impulsar la descentralización.

Como se verá más adelante, la falta de compromiso entre estos actores es parte fundamental de las causas que han provocado que en la actualidad no se encuentren gobiernos regionales en el Ecuador y que tampoco se avizoren proyectos de este tipo. Así, estos modelos de gobierno descentralizado y su implementación representan:

Desafíos y retos que deben enfrentar de forma obligatoria los gobiernos autónomos en sus distintos niveles, de manera organizada y paulatina, pero sin marcha atrás; de ahí la importancia de tener muy en claro su objeto, finalidad y alcances, pues, de otra manera, la implementación de una verdadera descentralización en el país pasará a ser un proceso incompleto y fallido, conforme ha venido aconteciendo en las últimas décadas (Batallas, 2017, pág. 7).

Constatando el pensamiento inicial de Batallas, escrito en el año 2013, y comparándolo con la situación actual, la realidad no ha cambiado mucho, porque si bien los gobiernos provinciales y los municipios se han afianzado, todo nuevo modelo o proyecto de descentralización ha quedado sin uso alguno, tal como en décadas pa-

sadas. Por tal razón, la Constitución propone un proceso de descentralización que se basa en el ejercicio de competencias, entendiéndose como integras de este nivel de gobierno (Benabent & Vivanco, 2019).

Partiendo desde el análisis de las competencias constitucionales reconocidas a favor de los gobiernos regionales, al igual que de los otros niveles de gobierno, se considera que estas deberían ser asumidas en su totalidad desde el inicio, ya que no existe argumentación alguna que justifique que no deba ser así, salvo los problemas que se originan de la forma en que están otorgadas en la Carta Suprema.

Al respecto, Suing (2016) asegura que “el sistema nacional de competencias no puede, válidamente, condicionar, eliminar, limitar, afectar, dificultar ni entorpecer el ejercicio de las competencias constitucionales de los gobiernos autónomos descentralizados” (pág. 164), toda vez que es el llamado a entregar estas competencias de manera progresiva, sin perjudicar a los gobiernos autónomos, dado que ellos también están obligados a recibir y ejecutar las competencias designadas, de modo que se los perjudicaría.

Algunas de estas competencias exclusivas son relevantes mencionarlas:

1. *Planificar, regular, controlar el tránsito y transporte regional y el cantonal en tanto no lo asuman las municipalidades.* Es una de las pocas competencias que podría resultar muy interesante en la práctica, ya que lograría descentralizar todo el control del tránsito, incluso en aquellos municipios que, por su tamaño y su capacidad económica, siguen viendo de lejos como la Administración Central se encarga de cumplir estas funciones en las ciudades pequeñas.

2. *Planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito regional.* Evitar Conflictos de competencias con los GADs inferiores debe primar en su aplicación, especialmente en la delimitación de las vías con carácter regional. Para poder llevar a cabo esta competencia se deben realizar las debidas asignaciones presupuestarias por parte del gobierno central.

3. *Otorgar personalidad jurídica, registrar y controlar las organizaciones sociales de carácter regional.* Con esta novedosa competencia, se ha sido muy positivo e innovador, sin embargo, como se ha visualizado no sería fácil que se formen organizaciones sociales de carácter regional. Además, por cuanto esta competencia no la tienen municipios ni prefecturas, conllevaría una eventual duplicidad de órganos haciendo las mismas funciones y, en consecuencia, un doble e inoficioso catastro, imaginando

que existan solo dos regiones a nivel nacional, lo que obligaría a mantener estas funciones a la Administración Central. Por último, y siendo realistas, ¿En qué aporta esto a los procesos de autonomía?

4. *Fomentar las actividades productivas regionales.* A pesar de ser una competencia “exclusiva” (por decirlo así) de los gobiernos regionales, hasta cierto punto cuando sea materializada, será compartida con los GADs Provinciales ya que también tiene una competencia exclusiva muy similar prescrita, así que no se podría decir que es una competencia exclusiva solo de los gobiernos regionales.

No se puede dejar a un lado, el hecho de que se pueden añadir más competencias al nivel de Gobierno Regional, pues el artículo 262 de la Carta Magna, configura una cláusula abierta, en su parte pertinente “...sin perjuicio de las otras que determine la ley que regule el sistema nacional de competencias” para que futuras normas de carácter sectorial contemplen competencias exclusivas a las regiones constituidas.

El nivel de Gobierno Regional, constituye en el más fuerte frente a los niveles inferiores, su existencia sería el eje y punto de partida en la administración de los diferentes gobiernos (GADs), es indispensable pues, “la incorporación de nuevas competencias que tengan radios de acción más amplias tanto en contenido como en territorio, de lo contrario, las analizadas no motivan la conformación de este nuevo nivel territorial” (Suñig, 2016, pág. 167).

2. Gobiernos regionales: una tarea pendiente

Diferentes políticos y académicos, con el devenir del tiempo, han tratado el tema de las regiones, su posible realización, así como los requisitos, más allá de los estimados por la ley, para que las regiones, como modelo de organización político, económico, cultural y social se lleven a cabo. Sin embargo, frente a este aporte de la doctrina y a numerosas opiniones, las regiones continúan sin establecerse.

Ya en el año 2001, Cueva establecía que al no responder el Estado central.

Se hace indispensable hablar de descentralización, de autonomías regionales, sin que esto sea una solución a todos los problemas nacionales, sino como un proceso que permitiría responder a los desafíos que enfrentan las sociedades, pero que también pueda ser causa de estancamiento, si es que no existe la conciencia cívica de todos; de quienes ejercen el poder y de los gobernados (Cueva, 2001, pág. 66).

Con esta cita un poco añeja, se puede entrever que no es una preocupación actual la de las causas que llevan a la disparidad regional, sino que es antigua, y más bien esto deja también en tela de juicio el pensamiento de que, aún con el paso del tiempo y los diferentes aportes, no se ha podido superar estas grietas.

Como se expresó anteriormente, la preocupación de las regiones se vio encabezada por la SENPLADES. En este sentido, (Viciano, 2019) establece que, a pesar de no existir una preocupación en el debate entre los constituyentes por el tema regional, la SENPLADES entendió que era necesario hacer una descentralización del país en regiones, por lo tanto, se abandonó el criterio de profundizar la autonomía de las provincias y se pasó a constituir entidades globales de tipo regional.

Esta misma dedicación hacia el tema regional se vio en la creación del COOTAD, que en palabras de (Guillén, 2019) recogió el tema de las regiones y buscó que se hiciera efectiva una descentralización administrativa, así como una desconcentración del poder, a nivel regional. De tal forma, se daba en el área legal un cierto empuje a la descentralización a nivel regional, pero como se revisará en el apartado siguiente, determinados factores no permitieron materializar estas intenciones.

Se debe mencionar que analizar las regiones sin haberse establecido alguna hasta el momento es algo difícil (Noboa, 2013) a lo que sumamos que sería además “injusto” juzgar una forma de organización que aún no se ha implementado, por lo que toda crítica se realiza desde un plano meramente subjetivo.

A partir de este apartado se dispondrá un análisis de las causas, las cuáles podrían de alguna manera dar explicación a la inexistencia del nivel de gobierno regional.

3. Causas culturales y sociales

En Ecuador siempre han existido conflictos por diferentes posturas políticas y regionales que acarrearán obstáculos culturales y geográficos, los cuales evidentemente constituyen el principal problema de los ciudadanos para lograr una verdadera integración (Luna, 2013, pág. 15).

Larrea (2011) y Figueroa (2016) concuerdan que originariamente, desde un aspecto social y político, Ecuador se caracterizó por un bicefalismo acarreado desde la época colonial, es decir, que se concentraba el poder y las grandes masas sociales en dos ciudades, esto es, Quito y Guayaquil (la primera, por ser la capital del país, y la segunda, por ser el puerto privilegiado y polo económico). Además de

esta disputa de poder, se puede mencionar del regionalismo (costa y sus regiones, así como la sierra y la Amazonía), el recelo y el rechazo frente a otras culturas se han concretado caciquismos en cada nivel de organización territorial (provincia, cantón, parroquia), “lo que ha convertido al país en parcelas personales, étnicas, territoriales, morales y religiosas” (Suárez, Mosquera, Bajaña, & Uzho, 2017) lo que acarrea también conflictos y desigualdades.

(Guillén, 2019) expone que “es importante también que cuando se quiere regionalizar o dotar de autonomía política a los territorios se tome en cuenta si parte de una voluntad popular de los territorios de querer y generar dicho espacio”, voluntad que debe ser acogida o propulsada por los gobernadores provinciales.

El desinterés o desinformación social también cala profundo, esto es, la falta de un sentimiento social o en conjunto, del deseo de progreso comunitario o social, esto se da en las sociedades que son fragmentadas, donde la diversidad no une, sino que separa, tal como se evidencia en la sociedad ecuatoriana, donde cada quien vela por su estabilidad socio-económica. El proceso de conformación de las regiones tiene como centro vital el deseo de la unión para la prosperidad, elemento que no es compatible con la actual visión individualista, siendo que, una vez más, la CRE propone cambios más bien humanistas que no van de la mano con los elementos de pensamiento que rigen a nuestra sociedad.

De manera similar, la organización por regiones es innecesaria, ya que desde que se dejó de lado la organización departamental, las provincias han tomado el protagonismo y “por lo que mal haríamos en desconocerlo; por otro lado, nuestra realidad local no exigía la creación de regiones autonómicas al estilo del Estado autonómico español, en el que existían y existen pueblos que reclaman mayores poderes” (Noboa, 2013, pág. 31).

Al instaurarse las regiones como niveles administrativos superiores a las provincias, se considera que estas últimas llegarían a desaparecer, ya que las facultades administrativas serían absorbidas por el gobierno regional.

“La descentralización, la desconcentración y el desarrollo territorial son temas nacionales y no únicamente locales o regionales, pues se trata de la distribución equitativa del poder estatal hacia todos sus niveles territoriales y administrativos” (Carrión & Dammert, 2007, pág. 23). Esto permite entrever que la preocupación por el tema de las regiones debe ser una discusión nacional, situación que en la realidad no se dio. De igual manera, esto permitiría que se afronte una “discusión

sobre las ventajas y los límites de un régimen semi-presidencial” (Falconí & Muñoz, 2007, pág. 26). Con base a este pensamiento, quizás sea que la temática regionalista o regionalizadora, a falta de un impulso regional, tampoco tuvo de parte del Gobierno Central la atención necesaria, dado que “la reforma del Estado no puede mirarse de manera fragmentaria y parcial” (Falconí & Muñoz, 2007, pág. 26), sino que requiere una participación total de la población, un interés público.

En este punto, es pertinente hacer una comparación con el caso español, en especial en los años 70 y siguientes, con la situación socio-política ecuatoriana actual, donde se puede determinar que, en España, el proceso de conformación de las Comunidades Autónomas surgió como un pedido de aquellas comunidades que histórica y culturalmente se encontraban afianzadas, y que con la salida de la dictadura franquista vieron una posibilidad de independencia y autonomía.

Como primer punto de comparación, existen diferencias sociales entre España al momento de la creación de las comunidades y el caso ecuatoriano actual (2008-presente), toda vez que las necesidades socio-económicas de la población difieren. Esto quiere decir que, socialmente, España y sus comunidades necesitaban de este régimen especial de comunidades, mismo que, entrega potestades a las comunidades para que manejen ciertos aspectos que, de no estar constituidas como comunidades autónomas, dependerían del Estado Central. En Ecuador, por su parte, las necesidades sociales no impulsan la creación de otras organizaciones que no sean las provinciales y municipales, ya que desde estas mismas esferas no existe el propósito de unirse en las llamadas regiones.

La sociedad ecuatoriana, multiétnica y polifacética, no ha aunado todavía esfuerzos en distinguirse a partir de las similitudes que presenten ciertos sectores sociales y querer unirse con base a estas similitudes. Es así que, si bien se presentan cercanías evidentes entre ciudadanos que pertenecen a diferentes provincias, sea por sus bases culturales (indígenas, montubios o serranos), estos sectores (selva, costa y sierra), no han tenido procesos que, ni impulsados desde los GADs Provinciales ni desde los mismos ciudadanos busquen una unificación.

Explicaciones a esto se pueden esbozar con base a la falta de información (“excusa” que podría aplicar para la ciudadanía, más no para los GADs) de los beneficios de la unión en regiones, así como una explicación más factible, que es la indiferencia por parte de los sectores afianzados al poder en generar estos espacios, por

parte quizás en mantener la situación socio-política “tal como está”, toda vez que los cambios que posiblemente conlleve la creación de las regiones desafíe el *status quo* al que están acostumbrados.

La contigüidad de las provincias son similitudes latentes entre las autonomías españolas y Ecuador y obviamente es, a efectos sociales, importante de ser tomada en cuenta, ya que por la cercanía, será más factible la sincronización de sus hábitos culturales y sociales (elemento que se evidencia claramente en el caso de las comunidades españolas), así como el elemento económico tendrá mayor posibilidad toda vez que es más probable que se desarrollen actividades económicas entre dos provincias aledañas que entre dos provincias que estén separadas, por motivos de transporte, movilidad, etc.

Más allá de los impedimentos que puedan surgir de las suposiciones que cada ciudadano pueda esbozar, es evidente que la CRE, así como el COOTAD poseen aún una figura que no ha sido utilizada, quizás a la espera de una futura transformación político-social, y que hasta que no se lleve a cabo tal transformación, estará esperando para ser puesta en práctica y consigo, poder evaluar de manera más certera los pros y los contras que la misma pueda brindar a las provincias que tomen la iniciativa.

4. Causas políticas

Analizando las causas políticas, (Guillén, 2019), afirma que, la regionalización y su fracaso es en parte, dado porque el Gobierno Central ha decidido en un momento determinado que la agenda pasa por otras prioridades (lo que podría ser completamente comprensible). La economía juega un papel importante puesto que para descentralizar el gobierno a una nueva esfera se requiere de grandes cantidades de dinero. El autor antes citado también expresa que es este elemento económico el factor más preponderante a la hora de evaluar el fracaso de la puesta en marcha de las regiones.

Las enormes diferencias en cuanto a intereses y pensamiento político son, sin lugar a dudas, la principal causa que pone tope a la creación de las regiones, con énfasis en los cambios constantes que se dan tras cada elección en los diferentes escalones políticos (Gobiernos: Parroquiales, Municipales y Provinciales), mismos que, por ser cada cuatro años, no prestan un terreno fértil para proyectos a largo

plazo. En esta óptica, (Viciano, 2019) expresa que la propuesta de las regiones ha fracasado debido a que las culturas regionales planteadas por el texto constitucional han sido poco atractivas para la ciudadanía ecuatoriana, es decir, que no se sienten identificados con tal propuesta. Además, gran parte de los gobiernos provinciales existentes en el país no han demostrado interés en que exista un ente por encima de ellos que les pueda quitar poder o competencias.

Es evidente la falta de liderazgo político con el que se pretenda guiar una unión de ideologías, tradiciones, costumbres con base en la democracia y voluntad popular. Los representantes de cada provincia no han realizado acciones significantes para por lo menos proponer ideas de unificación, y es que juega un papel relevante la autarquía presente en el nivel inmediato inferior al de las regiones, al tener sus propios recursos “y los asignados”, autonomía y la auto sustentación, unirse con otra provincia “con menos producción o recursos”, queda en segundo plano.

Carrión es claro al establecer que la descentralización tiene como punto de nacimiento las demandas que surgen de la sociedad a causa de factores económicos y sociales que se ven potenciados al percibirse al Gobierno Central como un obstáculo o al entenderse que no se verifica su presencia en el territorio (2007). Por esto, es que “en el nacimiento de dichas tendencias se encuentran como primordial factor las necesidades urbanas y rurales desatendidas por los gobiernos centrales” (Bonilla, 2014, pág. 26). De igual manera, la labor del Gobierno Central no está enfocada en reducir “la brecha entre los planes nacionales y regionales y el Sistema Nacional de Planificación, causa una desarticulación entre la realidad local y las grandes políticas a nivel país” (Bonilla, 2014, pág. 50).

En Ecuador, los casos de Quito y Guayaquil son una muestra de lo que Carrión (2007) establece como “dos formas de demandas por descentralización, según la condición social y económica de las mismas” (pág. 39), indicando que para este tipo de zonas, el Gobierno Central termina siendo una especie de tope, ya que “el propio Estado nacional les significa un freno para su desarrollo, porque les impide integrarse a mercados más grandes, modernos y dinámicos” (Carrión, 2007, pág. 39). Políticamente debe de constatarse por tanto no sólo la voluntad regional, sino también del Gobierno Central para llevar a cabo este proceso.

Sin embargo, para Viciano (2019) el Gobierno Central no está interesado en generar nuevos contrapoderes dentro del Estado, pues se tenía cierta tendencia a la

concentración política pública. Por lo tanto, se puede decir que hubo un consenso entre los gobiernos autónomos provinciales y ciudadanía en general que a la vez no estaban motivados con la propuesta de la creación de los gobiernos regionales.

Las causas políticas conllevan también a revisar el grado de compromiso que existe en las provincias que potencialmente podrían unirse en regiones, toda vez que la construcción de los planes de ordenamiento territorial, de desarrollo así como sus directrices deberán estar a la par de lo que establezcan los planes (internos) por así decirlo, de cada una de las provincias unidas, todo esto en búsqueda de una unión más fructífera y un efectivo ejercicio de competencias y facultades, que respete la esencia (no sólo normativa sino histórica) de cada uno de las provincias.

Para su proceso de constitución, las regiones deberán poseer un estatuto, mismo que se crearía con la anuencia de todas las partes, lo cual podría devenir en un mayor grado de autonomía a sus competencias, así como la posibilidad de rediseñar parte de sus instituciones políticas (Muñoz P. , 2008).

5. Comentarios sobre la distribución de competencias

Es necesario un comentario final respecto de la distribución de competencias en Ecuador, que nos permita tener perspectiva de las oportunidades de mejorarlo.

Sin lugar a dudas, la distribución de competencias es clave a la hora de crear nuevas esferas de gobierno, dado que es primordial que tengan claras sus atribuciones, así como sus límites. Tales atribuciones deben ser atractivas para los grupos señalados en apartados anteriores (actores políticos y sociales), ya que no se pueden dejar de lado sus intereses y motivos para la creación de las regiones, donde se busca de alguna manera poder mejorar la calidad de vida de los habitantes de las provincias que se unen.

Quizá, lo que esté fallando sea la planificación estratégica, misma que “supone un análisis y una concentración en los que participan, (...) los actores locales, identificando las áreas problemáticas o temáticas, objetivos, líneas estratégicas, problemas, alternativas, programas y proyectos (...) para lograr los objetivos que se proponen en el territorio” (Zula, Castillo, & Carrión, 2016). A partir de esta mirada crítica, posiblemente los gobiernos regionales tendrían mayores posibilidades de fundación con base en la participación.

La normativa debe enfocarse sobre todo en consolidar la distribución de competencias que de mejor manera sirvan a los GADs ya creados, así como aquellos que la misma ley permita crear. La población, como primera y última beneficiaria debe verse favorecida por los cambios en la distribución de competencias. Un organismo estatal que establezca las competencias es, tal como existe en la actualidad, factible en cuanto ayude a repartir las competencias de mejor manera, pero jamás podría este organismo suplantar la voluntad y el interés de las personas que se verán inmersas en la creación de las regiones.

Los servicios a prestar, así como la forma en la que se sustentarían las regiones, debió ser parte central del debate en su momento, mostrando cuáles de sus competencias serían favorables a la población (como forma de incentivar al aumento de participación social en el proceso) así como una negociación con los demás niveles de gobiernos autónomos descentralizados, para que estos choques entre competencias no afecten de manera sorpresiva el funcionamiento de ninguno de los niveles en conflicto.

A más de aumentar las competencias a los gobiernos descentralizados se debería evitar yuxtaposiciones y, por otro lado, descentralizar realmente cuestiones que en la actualidad están centralizadas, tal es el caso del sistema de salud y educación. Aunque, bien se puede tener la legislación centralizada para que las condiciones sean iguales en todo el territorio nacional, pero no que la ejecución, así como la forma en la que se lleva a cabo la aplicación de la ley al territorio, dado que esto se puede hacer descentralizadamente, con un enfoque más cercano y dependiendo de los problemas circunstanciales de cada zona (Guillén, 2019).

Por otro lado, dentro del plazo para la conformación de estas regiones, ninguna se ha materializado. Si bien es cierto, toma tiempo la planificación de un orden de gobierno de este tipo, en la realidad, las personas y comunidades que debieron (o deben) intervenir en estos procesos, deben estar convencidos de tal unión, y eso no ha ocurrido. De no ser productiva esta unión, se podría estar frente a un modelo que, con el paso de los años, decreciera en su aceptación y podría desencadenar en una disolución, con todas las consecuencias negativas que esto acarrea.

Para (Guillén, 2019), una de las claves para mejorar la distribución de las competencias sería analizar qué es lo que está fallando históricamente por parte de una gestión centralizada de los recursos, así como de las competencias y de las políticas de transferencia de competencias. Esta gestión centralizada, es, a entender de los

autores, uno de los motivos por los cuales la sociedad ecuatoriana es desigual, y un mejor reparto de los recursos permitiría que la calidad de vida de las personas mejorará. El fracaso de las regiones obliga a buscar otras alternativas, como la profundización de la descentralización municipal y provincial, para lograr una mejor redistribución de los recursos, superando las condiciones de desigualdad y fortaleciendo a aquellos territorios más vulnerables.

Conclusiones

1. Existe la base constitucional legal adecuada e idónea, para la conformación de los Gobiernos regionales, siendo necesaria la iniciativa política de los gobiernos provinciales, e indispensable una activa participación de la ciudadanía que al final es a quien le corresponde adoptar la decisión de crear o no un gobierno de región.

2. Desde una perspectiva comparada con España, las comunidades se formaron producto de un impulso independentista por parte de la sociedad, proceso que duró más de 40 años, con sus inconvenientes de limitación de competencias dirimidos pertinentemente, lo que no ocurrió en Ecuador donde el proyecto de regionalización fue propuesto por el constituyente en el año 2008 sin encontrar una recepción aprobatoria en la realidad, debido a la falta de voluntad política y a la ausencia de una identidad cultural regional que haya logrado inspirar la unión de dos o más provincias para la conformación de una GAD Regional.

3. Ciertas competencias regionales llegan a ser repetitivas frente a las competencias de niveles menores, lo que desarrollaría conflictos respecto de sus límites por lo que el catálogo de competencias, además no resulta llamativos para los posibles interesados.

4. Desde la creación de la Constitución hasta la actualidad el factor principal para la no materialización de los GADs Regionales ha sido el desinterés de todos los agentes participantes (Estado-sociedad-GADs) haciendo énfasis en los gobernadores provinciales, su falta de liderazgo y recelo frente a unificación, quienes tienen la tarea de proponer el proyecto de Ley.

Referencias bibliográficas

- Aja, E. (2006). El Estado autonómico en España a los 25 años de constitución. En M. Carrasco , P. Franciso , J. Urías, & T. Manuel , *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas de VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (págs. 4285-4344). Sevilla: Thomson Reuters Aranzadi.
- Azcúnaga, M. (1997). ¿Del estado integral al estado federal?: una solución política al problema de España como nación. *Tesis Doctoral*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid. Obtenido de <https://eprints.ucm.es/2204/1/T21815.pdf>
- Batallas, H. (2017). El actual modelo de descentralización en el Ecuador: un desafío para los gobiernos autónomos descentralizados. *Foro Revista De Derecho* (20), 5-22. Recuperado el Diciembre de 2019, de <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/424>
- Benabent, M., & Vivanco, L. (2019). La experiencia de los Planes de Desarrollo y Ordenamiento Territorial cantonales en Ecuador. *Estoa.Revista de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de Cuenca*, 8(15), 229-252. doi:<https://doi.org/10.18537/est.v008.n015.a11>
- Benalcázar, J. (2010). Comentarios sobre la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados. *Revista de derecho*, 23-42.
- Bonilla, D. (2014). La Cooperación Internacional Descentralizada en los GAD. Caso de estudio: Promode GTZ Ecuador. *Tesis de maestría*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito. Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4083>
- Carrión , F. (2007). Interrogatorio a la Descentralización Latinoamericana: 25 años después. En F. Carrión , *La descentralización en el Ecuador: opciones comparadas*. (págs. 31-58). Quito: FLACSO Ecuador.
- Carrión, F., & Dammert, M. (2007). La descentralización en el Ecuador, un tema de Estado. En F. Carrión , *La descentralización en el Ecuador: opciones comparadas* (págs. 9-18). Quito: FLASCO Ecuador.
- Cogco, A., & Martínez, O. (2015). Descentralización, política social y ciudadanía. Un proceso en construcción. *Reflexión Política*, 110-122.

- Córdoba, M. B., & Cruz, L. V. (2017). El ordenamiento territorial y el urbanismo en el Ecuador y su articulación competencial. *Ciudad Y Territorio Estudios Territoriales CyTET*, 49(194), 713-726. Recuperado el Enero de 2020, de <https://recyt.fecyt.es/index.php/CyTET/article/view/76591>
- Cueva, M. (2001). Incidencias de las autonomías en el poder nacional. Instituto de Altos Estudios nacionales. *Tesis de Maestría*. Instituto de Altos Estudios Nacionales, Quito. Obtenido de <http://repositorio.iaen.edu.ec/handle/24000/299>
- De Bartolomé Cenzano, J. C. (2018). Nuevas perspectivas políticas ante las disfunciones de la organización después de cuarenta años de constitución. *Anuario de derecho parlamentario*, 145-202.
- Falconí, F., & Muñoz, P. (2007). En búsqueda de salidas a la crisis ética, política y de pensamiento. En F. Carrión, *La descentralización en el Ecuador: opciones comparadas* (págs. 19-27). Quito: FLACSO Ecuador.
- Figuroa, C. A. (2016). Política exterior ecuatoriana durante la guerra del Pacífico: un análisis desde la óptica de los equilibrios de poder en la región latinoamericana. *Revista Brasileira de História*, 36(72), 131-150. doi:http://dx.doi.org/10.1590/1806-93472016v36n72_008
- Guillén, G. (6 de Diciembre de 2019). Gobiernos Regionales en el Ecuador: análisis de las causas que han devenido en una utopía constitucional. (A. Herrera, & A. Córdova, Entrevistadores)
- Larrea, A. (2011). Organización territorial, modelo de desarrollo y cambio constituyente en el Ecuador. *Tesis de maestría*. Universidad Politécnica Salesiana, Quito. Obtenido de <https://dspace.ups.edu.ec/handle/123456789/5732>
- Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo: Correspondencias Jurídicas. (2018). *Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda*. Quito: Editorial Ecuador.
- Lucrecio, R. D. (2018). Antecedentes, surgimiento y conformación del estado autonómico en la constitución de 1978. UNED, 502.
- Luna, M. (2013). *Sistema Nacional de Competencias*. Madrid. Obtenido de https://www.researchgate.net/publication/281435700_Sistema_Nacional_de_Competiciones_en_Ecuador

- Muñoz, P. (2008). Estado regional autónomo para el Ecuador. FLACSO, 339-362.
- Muñoz, S. (2007). *Derecho público de las comunidades autónomas I* (Segunda ed.). Madrid: IUSTEL.
- Noboa, A. (2013). El modelo de organización territorial del Ecuador con énfasis en la actividad normativa de los gobiernos locales. *Tesis de Maestría*. Universidad Andina Simón Bolívar - Sede Ecuador, Quito. Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3752>
- SENPLADES. (2012). *Plan Nacional de descentralización 2012-2015*. Quito: Ed. Ecuador.
- Suárez, L. R., Mosquera, S. G., Bajaña, P. R., & Uzho, L. B. (2017). El Regionalismo en el Ecuador. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*. Obtenido de <http://www.eumed.net/rev/ccss/2017/03/regionalismo-ecuador.html>
- Suing, J. (2016). La región autónoma y el gobierno regional autónomo en la nueva estructura del Estado ecuatoriano. (*Tesis Doctoral*). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.
- Suing, J. (2016). La región autónoma y el gobierno regional autónomo en la nueva estructura del Estado ecuatoriano. (*Tesis Doctoral*). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.
- Viciano, J. (12 de Diciembre de 2019). Gobiernos Regionales en el Ecuador: análisis de las causas que han devenido en una utopía constitucional. (A. Herrera, & A. Córdova, Entrevistadores)
- Zula, J., Castillo, L., & Carrión, L. (2016). Análisis del rol de los gobiernos autónomos descentralizados (GAD) parroquiales rurales del Cantón Guano, en los procesos de desarrollo local. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*. Recuperado el Octubre de 2020, de <https://www.eumed.net/rev/caribe/2016/02/canton.html>

Universidad Técnica de Machala
Dirección de Investigación
Editorial UTMACH
<https://investigacion.utmachala.edu.ec/portal/>
Primera edición 2021
PDF interactivo



Dirección de
Investigación
UTMACH

2021

ISBN: 978-9942-24-146-7



9 789942 241467