Dr. Miguel Hernández Terán
DIRECTOR

EL DERECHO PÚBLICO EN LA PRÁCTICA

Constitucional, Penal, Administrativo

Maestrías en Derecho Constitucional y en Derecho mención Derecho Procesal

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

Miguel Hernández T. ▪ Nuria Pérez P. ▪ Agustín Grijalva J.
Johnny de la Pared D. ▪ Danny Cevallos C.
Miriam Ivanega ▪ Kleber Siguencia S. ▪ Juan Carlos Benalcázar G.
Leonardo Massimino ▪ Juan Carlos Vivar A.

2022

UCSG

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

EL DERECHO PÚBLICO EN LA PRÁCTICA
Constitucional, Penal, Administrativo

Miguel Hernández T. ▪ Nuria Pérez P. ▪ Agustín Grijalva J. ▪ Johnny de la Pared D. ▪ Danny Cevallos C. ▪ Miriam Ivanega
Kleber Siguencia S. ▪ Juan Carlos Benalcázar G. ▪ Leonardo Massimino ▪ Juan Carlos Vivar A.

Dr. Miguel Hernández Terán, director de las maestrías en Derecho Constitucional y en Derecho mención Derecho Procesal UCSG
correo electrónico: mhtjuridico@gmail.com

Primera edición:
ISBN: 978-9942-10-758-9: 29-nov-2022
Derechos de autor: 063063: 30-nov-2022
Depósito legal: 006818: 30-nov-2022
Impreso en Ecuador, diciembre de 2022

Producción editorial: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil
Diseño y revisión de texto: Departamento editorial de la Corporación de Estudios y Publicaciones
Diseño de portada: Área de Diseño de la Corporación de Estudios y Publicaciones
Logotipo de la serie: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

© Universidad Católica de Santiago de Guayaquil
Av. Carlos Julio Arosemena Km 1 ½
Apartado postal: 17-12-569 • Guayaquil, Ecuador
Teléfonos: (593 4) 380 4600
www.ucsg.edu.ec

La Corporación de Estudios y Publicaciones no se responsabiliza por las opiniones contenidas en esta publicación, que son de exclusiva responsabilidad de los respectivos autores.

Los trabajos contenidos en esta obra pueden ser citados reconociendo la fuente.

PALABRAS DE INTRODUCCIÓN

El afán de colaborar con la formación y actualización jurídicas nos ha llevado a varios de los profesores/as de las maestrías en Derecho Constitucional y en Derecho mención Derecho Procesal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a publicar esta obra, la cual contiene una visión práctica de aspectos fundamentales del Derecho Constitucional, Penal y Administrativo. Esta vez las dos maestrías hicimos un solo libro. Todos los trabajos son de alta calidad. El único propósito: en el contexto de la vinculación con la sociedad, apoyar las actividades académicas de ambas maestrías, las cuales año a año se van consolidando cada vez más como posgrados del más alto nivel.

Hacer esta obra ha demandado, como es propio de todo libro, una importante dosis de constancia. ¡Valió la pena el esfuerzo!

Gracias de todo corazón a Nuria Pérez, Agustín Grijalva, Johnny de la Pared, Danny Cevallos, Miriam Ivanega, Kleber Siguencia, Juan Carlos Benalcázar, Leonardo Massimino y Juan Carlos Vivar. Y a nuestra querida Universidad, que hace posible este ideal.

DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN
DIRECTOR DE LAS MAESTRÍAS EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

ÍNDICE

UNA MIRADA JURISPRUDENCIAL A LA OBSERVANCIA Y A LA CORRECCIÓN EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO
Dr. Miguel Hernández Terán

1. Motivación, corrección y Corte Constitucional 11
2. Algunas contradicciones de la Corte Constitucional del Ecuador 19
3. Las diversas expresiones de la inobservancia de las normas de Derecho y la correcta o incorrecta aplicación de esas normas 24
4. Algunos casos de incorrecta aplicación del Derecho 29
5. Unas notas sobre la seguridad jurídica 36

Bibliografía 39

PROCESOS CONSTITUCIONALES EN EL ECUADOR
Dra. Nuria Pérez Puig-Mir

1. El derecho procesal constitucional 41
   - 1.1. Concepto y aplicación en la Constitución del Ecuador 41
   - 1.2. Naturaleza jurídica del Derecho Procesal Constitucional 42
2. La justicia constitucional 45
   - 2.1. La Justicia como elemento preponderante en los fallos de la Corte Constitucional 45
   - 2.2. La Constitución, y su aplicación en la Justicia Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional 48
3. Conflicto constitucional 49
   - 3.1. Características 49
   - 3.2. Reparación integral en la justicia constitucional 49
   - 3.3. Cumplimiento de sentencias constitucionales 51
4. Consideraciones finales 51

Bibliografía 52

LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL
Agustín Grijalva

Hermenéutica de la independencia judicial 56
La Política de la Independencia Judicial 60
Independencia judicial y sociedad 62
La defensa de la independencia de la justicia ordinaria 63
La independencia de los jueces constitucionales 65
La defensa de la autonomía de la Justicia Indígena 66
Conclusiones: ¿Qué se puede aprender de la experiencia de la Corte Constitucional? 66

EL RÉGIMEN IMPUGNATORIO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CONSTITUCIONALES AUTÓNOMAS. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No. 964-17-EP/22
Ab. Johnny De La Pared Darquea (Mgs)

Introducción 69
Naturaleza Jurídica 70
Presupuestos 72
Tipos de medidas cautelares constitucionales 73
Régimen impugnatorio de las medidas cautelares constitucionales 75
Sentencia No. 964-17-EP/22 77
Referencias bibliográficas 82

BREVES NOTAS SOBRE LA DISTINCIÓN CONSTITUCIONALIDAD / LEGALIDAD EN LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES EN ECUADOR
Danny José Cevallos C.

Bibliografía 95

GESTIÓN PÚBLICA Y CONTROL INTERNO
Dra. Miriam M. Ivanega

I. Gestión pública 97
II. El control público 100
III. El control interno 101
1. Principales características 101
2. Apuntes sobre el control de gestión 105
3. Hacia un control interno eficiente y eficaz 106
Conclusiones 109

LA DETENCIÓN CON FINES INVESTIGATIVOS: ANÁLISIS DE SU APLICACIÓN EN EL MARCO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL
Kleber David Siguencia Suárez

I. Introducción 113
II. El derecho a la libertad 115
III. Medidas cautelares y sus efectos 117
IV. Detención con fines investigativos 119
Bibliografía 122

COMENTARIOS SOBRE LA NOCIÓN DE ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA
Juan Carlos Benalcázar Guerrón

I. Introducción 123
II. Estado de derecho y Estado constitucional de derechos y justicia 123
III. Apreciaciones críticas sobre la noción de Estado constitucional de derechos y justicia 128
IV. Conclusión 131

APORÍAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN CONTEXTOS COMPLEJOS

Leonardo Massimino

I. Introducción 133

II. La misma respuesta estatal para una realidad cambiante.¿Viejas recetas para nuevos problemas? 134

III. La exigencia convencional de razonabilidad en las medidas regulatorias de la emergencia 135

IV. Los instrumentos de expansión interventora en la pandemia: subsidios y regulaciones 137

V. Una evidencia de la intervención estatal en el ámbito doméstico en contextos de emergencia 138

VI. La cuestión desde la perspectiva del control judicial 139

VII. El control de razonabilidad de las medidas de emergencia 141

VIII. El Estado de Derecho Social y Sanitario: análisis de efectividad 142

X. Algunas consideraciones finales 143

LA INVESTIGACIÓN PRE PROCESAL Y PROCESAL PENAL DE LOS DELITOS COMETIDOS POR LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL, DESDE LA PERSPECTIVA DEL COIP

Mgs. Juan Carlos Vivar Álvarez. PhD.

Bibliografía 196

UNA MIRADA JURISPRUDENCIAL A LA OBSERVANCIA Y A LA CORRECCIÓN EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN[1]

Sumario: 1. Motivación, corrección y Corte Constitucional; 2. Algunas contradicciones de la Corte Constitucional del Ecuador; 3. Las diversas expresiones de la inobservancia de las normas de Derecho y la correcta o incorrecta aplicación de esas normas; 4. Algunos casos de incorrecta aplicación del Derecho; 5. Unas notas sobre la seguridad jurídica.

1. Motivación, corrección y Corte Constitucional

Cuando una autoridad administrativa o judicial debe resolver un caso su labor típica consiste en verificar si los hechos sometidos a su conocimiento se encuadran en la correspondiente hipótesis prevista en una norma de Derecho, sea que se trate de un asunto civil, penal, administrativo, disciplinario, etc. El examen de los hechos siempre debe ser riguroso. Del mismo depende, en buena parte, la realización de la justicia en el caso concreto. El apropiado entendimiento de los hechos servirá para identificar las pruebas que deben presentarse para acreditarlos, pues las mismas deben ser, entre otros, pertinentes y conducentes. Las pruebas están condicionadas por los hechos a los cuales están dirigidas. La aplicación del Derecho dependerá, pues, de los sucesos y de su suficiente y lícita acreditación. Aun en los sistemas en los cuales existe amplia discrecionalidad judicial el adecuado entendimiento de lo fáctico y la necesidad de su prueba suficiente y lícita constituyen supuestos insuperables.

Cuando Ronald Dworkin explica uno de los principios claves del positivismo destaca[2]:

> Decir que alguien tiene una "obligación jurídica" equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga… En ausencia de tal norma jurídica válida no hay obligación jurídica…

1 Magíster en Derecho Constitucional. Máster en argumentación jurídica. Director de las maestrías en Derecho Constitucional y en Derecho mención Derecho Procesal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo en la misma Universidad. Autor de 22 obras de Derecho y de muchos artículos jurídicos.

2 DWORKIN, Ronald (2002) *Los derechos en serio,* Barcelona: Ariel.

La autoridad administrativa y el juez deben siempre entender correctamente los hechos, ese entendimiento acertado los conduce a ubicar el tipo de pruebas idóneas para demostrarlos. Esas pruebas aptas deben ser, en cada caso específico, suficientes, oportunas, debidamente actuadas. Y deben ser correctamente valoradas. Este íter conduce al momento de la aplicación del Derecho, aplicación que debe ser correcta. Sólo la decisión correcta hace posible la realización de la tutela judicial efectiva. Claro está que la corrección puede ser interpretada como error por parte de aquel que está disconforme con la decisión, en función de lo cual puede ejercer su derecho constitucional a recurrir de ella. En el Ecuador esta facultad forma parte del debido proceso según el artículo 76 numeral 7 letra m de la Constitución de la República[3].

En la ruta decisional la autoridad administrativa o judicial debe descartar hipótesis de normas aparentemente aplicables a la situación de hecho pero que en el fondo no lo son. Si ejecuta la norma equivocada incurrirá en "indebida motivación" provocando el vicio de inconstitucionalidad de la decisión.

Como se sabe, la conjugación de los elementos de hecho y de Derecho constituyen parte esencial de la motivación jurídica de las decisiones administrativas y judiciales, al tenor del artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución:

> "Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
>
> (…)
>
> 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
>
> (…)
>
> l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos

3 "Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
(…)
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
(…)
m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos."

> que no se encuentren **debidamente motivados**[4] se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Para nosotros la necesidad de la corrección de la decisión, más allá de lo puramente conceptual, se funda constitucionalmente en el carácter **debido** de la motivación jurídica según la norma constitucional citada.

Nuestra Corte Constitucional en la sentencia 1158-17- EP/21 definió[5], entre otros:

> **22.** La *motivación* de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, *"los órganos del poder público"* tienen el deber de *"desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones"*. De ahí que todo acto del poder público debe contar con una **motivación correcta**, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) *una fundamentación normativa correcta*, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) *una fundamentación fáctica correcta,* entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos.

A pesar de la claridad de estas afirmaciones de la Corte, a lo largo de la sentencia deja amplia y claramente establecido que la motivación sólo debe ser *suficiente* tanto en los hechos como en el Derecho; que no comprende el carácter correcto de la decisión. Es una *garantía mínima* que abarca la suficiencia fáctica y jurídica, no la corrección. Ésta es un ideal. Para nosotros, en cambio, la motivación debe ser correcta. Ésta conduce a la decisión correcta. Y la resolución con esta característica lleva a la realización de la tutela judicial efectiva (que exige la ejecución íntegra de la resolución)

En los párrafos 36 y 37 de la indicada sentencia la Corte señaló[6]:

> **36.** Como puede observarse, el parámetro de la razonabilidad significa centralmente que toda motivación debe ser *correcta* conforme al Derecho. En consecuencia, la garantía de la motivación se transgrede cuando el

4 Las negrillas son nuestras.

5 Tomado de: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidkYjI2NzM0NS05MjE2LTQ1ZDMtOGE5Ny03YTg2ZTAyMmYwYmYucGRmJ30=

6 Tomado de: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidkYjI2NzM0NS05MjE2LTQ1ZDMtOGE5Ny03YTg2ZTAyMmYwYmYucGRmJ30=

juez no ofrece una fundamentación normativa *correcta*, como cuando interpreta y aplica erróneamente la Constitución, la ley u otras fuentes del Derecho. Lo que desborda lo estrictamente requerido por la garantía de la motivación, a saber, que la motivación sea *suficiente.*

37. Lo anterior implica que toda incorrección en la interpretación y aplicación de un derecho o garantía fundamental conlleve el incumplimiento del parámetro de razonabilidad y, por tanto, la violación de la garantía de la motivación. Dicho en otras palabras, la garantía de la motivación virtualmente abarca a la totalidad de derechos y garantías constitucionales.

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-214/12[7] definió sobre la motivación judicial, entre otros:

La motivación de los fallos judiciales es un deber de los jueces y un derecho fundamental de los ciudadanos, como posición jurídica concreta derivada del debido proceso. Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. La incidencia de los derechos fundamentales en todas las áreas del derecho y la obligación de los jueces y operadores jurídicos de aplicar las reglas legales y/o reglamentarias sólo en la medida en que sean conformes con la Carta Política (aspectos conocidos en la doctrina constitucional como efecto irradiación, interpretación conforme y carácter normativo de la Constitución) exigen del juez un ejercicio interpretativo calificado que dé cuenta del ajuste entre su interpretación y los mandatos superiores, y que le permita, mediante el despliegue de una argumentación que tome en cuenta todos los factores relevantes, administrar el pluralismo de los principios constitucionales.

La motivación es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica porque sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque sólo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa. En el caso de los jueces de última instancia, la motivación es, también, su fuente de legitimación democrática, y el control

7 Tomado de:
https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-214-12.htm

> *ciudadano se convierte en un valioso medio para corregir posturas adoptadas en el pasado y eventualmente injustas o poco adecuadas para nuevas circunstancias jurídicas y sociales.*

Entonces, las autoridades administrativas y judiciales hacen, comúnmente, un ejercicio de adecuación de los hechos al Derecho. La aplicación de este consiste básicamente en eso. Nosotros la hemos definido así[8]:

> La aplicación del Derecho *consiste básicamente en la implantación total o parcial a situaciones vivenciales o casos concretos, de las previsiones normativas pertinentes concebidas para tales eventos por el ordenamiento jurídico; o la ejecución de las argumentadas soluciones sustanciales construidas total o parcialmente por el aplicador del Derecho sobre la base del propio sistema jurídico y de las instituciones de Derecho aplicables, en defecto de las previsiones normativas pertinentes al caso, vista sus determinantes imperfecciones de fondo.*

En definitiva, el operador jurídico evalúa los hechos en relación con el Derecho y en función de ello define si hay o no adecuación normativa; si el sujeto de Derecho cumplió o incumplió su obligación de dar, hacer o no hacer algo; si ejecutó o no el mandato a que estaba obligado; si observó o no la abstención dispuesta por la ley, etc. Para llegar a estas definiciones es claro que necesariamente el operador jurídico debe involucrarse en el examen de los hechos, sólo así puede verificar la adecuación normativa, el incumplimiento o no de un mandato, la corrección o incorrección de una actuación. Por lo mismo, cuando una autoridad judicial de alzada (o incluso la Corte Constitucional) define que en un caso hay observancia o inobservancia de una norma de Derecho frecuentemente está definiendo que en ese caso hay corrección o incorrección en la aplicación del Derecho. En otras palabras, el juicio de observancia comprende con frecuencia el juicio sobre la corrección en la aplicación de la norma de Derecho. En repetidos casos no hay juicio de observancia que no comprenda juicio de corrección.

Observar es sinónimo de cumplir. Según el Diccionario de la Lengua Española observar significa, en su segunda acepción, "Guardar y cumplir exactamente lo que se manda y ordena."[9] Y para determinar si hay cumplimiento o no es irreemplazable involucrarse en el análisis de los antecedentes del caso concreto.

Es posible que la inobservancia de una norma se circunscriba a la violación de una prohibición; que el juicio de observancia se limite a la verificación de una

8 HERNÁNDEZ, Miguel (2020). *Aplicación del Derecho, Imperio de la Ley y Neoconstitucionalismo*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, CEP. Página 29.

9 Tomado de:
https://dle.rae.es/observar

situación para la cual no sea necesaria la aplicación de un juicio valorativo de fondo, entre otras posibilidades.

Veamos unos casos prácticos:

1.- En la sentencia No. 432-16-EP/20 del 2 de diciembre de 2020 la Corte Constitucional del Ecuador[10] definió:

> **37.** Conforme lo determinado en los párrafos 32 a 33 *ut supra*, esta Corte aprecia que la conjueza nacional aplicó los artículos 2; 3 numerales 1, 3 y 4; 4, 5; 6 y 7 de la Ley de Casación, realizó el análisis correspondiente a la etapa de admisión, actuando dentro de sus facultades. Con lo cual, la conjueza observó la garantía en cuestión y verificó si el recurso se encontraba fundamentado en el marco de las causales contempladas en la entonces vigente Ley de Casación, de conformidad con lo prescrito por los artículos 6 y 7 de dicha ley.
>
> **38.** Particularmente, los artículos 6 y 7 de la Ley de Casación otorgan la competencia a los conjueces nacionales de verificar, en la fase de admisibilidad, que el recurso cuente con una fundamentación. En consecuencia, se evidencia que la conjueza no excedió su competencia sino que se limitó a verificar el cumplimiento de los requisitos formales que debía cumplir el recurso de casación propuesto por la entidad ahora accionante, en observancia de las normas de la Ley de Casación relativas a sus facultades.
>
> **53.** En adición, de la revisión del proceso y del auto impugnado se puede apreciar que la Sala actuó en observancia de las normas de la Ley de Casación relativas a los requisitos de admisibilidad de los recursos que llegan a su conocimiento y examinó la fundamentación del recurso planteado al amparo de los artículos 2, 3, 5, 6 y 7 de la entonces vigente Ley de Casación. Esta Corte no considera que el auto impugnado haya impedido que el accionante cuente con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente; en consecuencia, no se identifica una vulneración al derecho a la seguridad jurídica.

EL GRAN MENSAJE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ES QUE LA CONJUEZA ACTUÓ CORRECTAMENTE EN LA APLICACIÓN DEL

10 Tomado de: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOiczMjUzZWU3ZS1jZmFkLTRmYjctYWM0My01ZWI1NjZiY2FkYzYucGRmJ30=

DERECHO. QUE LA SALA ACTUÓ ACERTADAMENTE. Es decir, *la observancia en este caso es sinónimo de corrección.*

2.- Esta vez en el ámbito legislativo: en la sentencia No. 44-16-IN/22 del 13 de julio de 2022 la Corte Constitucional señaló[11]:

> **98.** Una vez determinada la inconstitucionalidad por la forma, por **inobservancia**[12] del principio de unidad de materia del segundo inciso de la Disposición Reformatoria Tercera de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad, corresponde tomar en cuenta el principio de instrumentalidad de las formas.
>
> **100.** En el presente caso, la trasgresión al principio de unidad de materia **inobserva** el fin sustancial de racionalizar las prácticas legislativas para organizar un debate público centrado sin dispersiones normativas inadecuadas, más aún al tratarse de una ley de urgencia económica. Ya que se introdujo en el proyecto de ley original una disposición transitoria totalmente ajena al objetivo y fin de la norma sin justificación alguna. Lo cual, evidencia la **inobservancia**[13] del artículo 136 de la Constitución.
>
> EL GRAN MENSAJE DE LA CORTE: HUBO UNA APLICACIÓN INCORRECTA DEL ARTÍCULO 136 DE LA CONSTITUCIÓN. SE LO INOBSERVÓ. INCORRECCIÓN E INOBSERVANCIA SE PRESENTAN COMO SINÓNIMOS.

3.- En la sentencia No. 740-12-EP/20 del 7 de octubre de 2020 la Corte Constitucional del Ecuador definió[14]:

> **28.** El cargo del accionante alega la vulneración de dos garantías fundamentales, la garantía de cumplimiento de normas y derechos de las partes (art. 76.1) y la garantía a ser juzgado con observancia del trámite propio de cada procedimiento (art. 76.3). Puesto que ambas constituyen garantías impropias y corresponden a un mismo cargo esgrimido en la demanda, a continuación, se examinará de forma unificada si dichas garantías fueron

11 Tomado de: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOiczNzEzNjQxZi05ZjAwLTQxMzktOGQyNy0wNWEzOWNhOWExNjMucGRmJ30=

12 Las negrillas son nuestras.

13 Las negrillas de este párrafo son nuestras.

14 Tomado de: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOiczZTFiYzhiNi01MjRkLTQxOWUtODM5Yy1kNDlkMjIzODNkNjgucGRmJ30=

vulneradas y, para ello, se verificará si, en el presente caso, concurren los elementos (i) y (ii).

29. La Corte considera que, al dictar el auto impugnado, el tribunal de apelación incumplió la regla de trámite contenida en el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil (citado en la nota al pie de página 1), que prohibía a los jueces revocar o alterar el sentido de sus sentencias. Las razones por las que se concluye que esta regla fue incumplida son las siguientes:

29.1 Siempre que un órgano jurisdiccional resuelve el fondo de un caso presupone que el proceso es válido. Y es más, en este caso, la sentencia de 29 de diciembre de 2011 expresamente afirmó: *"PRIMERO.- No se observa violación a trámite alguno ni de solemnidad sustancial que vicie el procedimiento por lo que se declara la validez de todo lo actuado*".

29.2 Esta declaración de validez del proceso contenida en la sentencia, sin embargo, fue revocada por el auto de nulidad impugnado.

29.3 Esto, a pesar de que las únicas actuaciones que mediaron entre la sentencia de apelación y el auto de nulidad fueron dos solicitudes de aclaración y ampliación, los pronunciamientos de los demandados sobre tales pedidos y una solicitud de copias del proceso, ninguna de las cuales tiene relación con la razón invocada para declarar la nulidad, esto es, la indebida calificación de la demanda por no haber solicitado su aclaración, considerando que se acompañaron a la demanda dos títulos ejecutivos (cada uno de ellos por el mismo valor, valor mayor al pago demandado), sin especificar cuál de ellos constituía la base del juicio.

30. Establecida la **inobservancia**[15] de la regla de trámite contenida en el citado artículo 281, ahora se debe determinar si esta tiene o no relevancia constitucional, de conformidad a la sentencia 546-12-EP/20, previamente citada en el párr. 26 *supra*: se debe dilucidar si la transgresión de la regla de trámite afectó o no el derecho al debido proceso en cuanto principio, es decir, si en el caso concreto se ha socavado el valor constitucional consistente en que los intereses de las partes en litigio sean juzgados a través de un procedimiento que tienda, en la mayor medida posible, a un resultado conforme a Derecho.

EN ESTE CASO LA INOBSERVANCIA SE DA POR LA VIOLACIÓN DE UNA PROHIBICIÓN PROCESAL.

15 Las negrillas son nuestras.

La observancia puede ser sinónimo de corrección, y la inobservancia, de incorrección. Asimilar esta cuestión jurídica es básico y trascendente para el Derecho y para la realización de la tutela judicial efectiva. La razón es muy sencilla: la incorrecta aplicación del Derecho puede producir la violación o el desconocimiento de derechos reconocidos en la Constitución o en tratados internacionales.

Pues bien, la Corte Constitucional del Ecuador desde hace algunos años viene afirmando insistentemente, en forma equivocada consideramos, que a ella no le corresponde definir sobre la correcta o incorrecta aplicación de normas infraconstitucionales. Esa es labor de jueces de instancia entiende la Corte. *El problema es que ha hecho de esta posición un verdadero dogma institucional absoluto olvidándose que la incorrecta aplicación del Derecho puede producir efectivamente violaciones constitucionales, y por lo mismo de derechos reconocidos en la Constitución y/o en el bloque de constitucionalidad.* La Corte Constitucional como máximo órgano de administración de justicia en dicho ámbito es guardiana de la Constitución. Los guardianes no se pueden quedar dormidos voluntariamente porque si lo hacen incumplen su rol de cuidadores. *La Corte comete el yerro de cerrar totalmente las puertas al análisis sobre la correcta aplicación del Derecho*. Su rol de protector y garante de los derechos amerita que en algunos casos incursione en el juicio sobre la corrección en la aplicación de normas secundarias, pues la desacertada ejecución de estas puede violar derechos, como lo hemos expresado. No obstante la radicalidad de su posición la Corte ha caído en algunas contradicciones en varias sentencias.

2. Algunas contradicciones de la Corte Constitucional del Ecuador

1.- En la sentencia No 904-12-JP/19 del 13 de diciembre de 2019 el tribunal de justicia definió[16]:

> **42.** La atención especializada exige que el servicio o prestación debe ser el específico y adecuado para la necesidad de cada persona. Una mujer embarazada durante la labor de parto y el alumbramiento, requiere de atención hospitalaria adecuada que debe incluir personal médico especializado (ginecólogos y pediatras) capacitados para atender y solventar emergencias ginecoobstétricas. Así como también personal médico de apoyo para cuando, ante complicaciones, se requiera de otros especialistas. Del expediente constitucional y de la audiencia pública realizada

16 Tomado de:
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J2FsZnJlc2NvJywgdXVpZDonMTdhZTdkZjctM2YzYi00NjljLTlmOTUtOGRiODhhYjhhNGMxLnBkZid9

ante la Corte Constitucional se desprende que esto no ocurrió con la señora Nole Ochoa.

45. La exigencia del pago patronal no tiene sustento normativo alguno[17]. Por un lado, para la atención prioritaria a una mujer embarazada no se puede exigir, e incluso en el caso al tratarse de una emergencia obstétrica tampoco se podía exigir *"compromiso económico ni trámite administrativo previo."* La Ley de Seguridad Social expresamente establece que no se puede dejar de atender a una persona afiliada por mora patronal.

47. En consecuencia, de los hechos del caso se desprende que la señora Nole Ochoa, quien se encontraba en labor de parto y alumbramiento, no recibió en el hospital del IESS la atención necesaria y que esta no fue prioritaria ni especializada, **violándose de este modo sus derechos establecidos en los artículos 35 y 43 de la Constitución**

ES DECIR, LA INCORRECTA APLICACIÓN DE LA LEY (EXIGIR LO QUE ELLA NO EXIGE) CAUSÓ LA VIOLACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.

2.- En la sentencia No. 159-11-JH/19 del 26 de noviembre de 2019 el mismo tribunal de justicia constitucional definió con claridad[18]:

55. La ausencia de la autoridad policial y la falta de exhibición de la orden de privación de libertad eran una razón suficiente para conceder el hábeas corpus. Al no haber comparecido la autoridad policial y no presentar orden de detención, la acción de hábeas corpus procedía y se debía ordenar la inmediata libertad del señor Olivera San Miguel. La propia LOGJCC en su art. 45 (2) (b) establece la presunción de privación arbitraria o ilegítima «*cuando no se exhiba la orden de privación de libertad*».

56. El señor Olivera San Miguel fue privado ilegalmente de su libertad y planteó una acción de hábeas corpus, sin embargo **no recuperó su libertad por una inadecuada aplicación del derecho**[19] por parte de los jueces de primera y segunda instancia, razón por la cual se violó su derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida en el artículo 75 de la Constitución.

17 Las negrillas son nuestras.

18 Tomado de: http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/62feaace-e622-4b51-97b5-0f65d8b66021/159-11-JH-19%20(0159-11-JH).pdf

19 Las negrillas son nuestras.

En su parte resolutiva esta sentencia decidió, entre otros:

> **5.** Declarar que el Estado, a través de los jueces que conocieron el hábeas corpus en primera y en segunda instancia, violaron el derecho a la tutela efectiva y al debido proceso, reconocidos en los artículos 75 y 76 de la Constitución y 13 del PIDCP del señor José Antonio Olivera San Miguel."

ES DECIR, LA INCORRECTA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL PROVOCÓ LA VIOLACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

3.- En la sentencia 1219-22-EP/22 del 26 de septiembre de 2022 la Corte definió[20]:

> **39.** Adicionalmente, este Organismo ha mencionado que "[l]a Corte Constitucional, como guardián de la Constitución, al momento de resolver sobre vulneraciones de garantías jurisdiccionales, debe verificar que el juez haya actuado en el ámbito de su competencia constitucional y observado la normativa que haya considerado aplicable al caso para garantizar derechos constitucionales"; que, al resolver sobre vulneraciones del derecho a la seguridad jurídica, no le corresponde pronunciarse respecto de la correcta o incorrecta aplicación e interpretación de las normas infraconstitucionales, sino verificar si en efecto existió una inobservancia del ordenamiento jurídico, por parte de la autoridad judicial, que acarree como resultado la afectación de preceptos constitucionales .
>
> **40**. En consecuencia, corresponde a este Organismo verificar si en la emisión de las sentencias impugnadas se ha respetado lo previsto en la Constitución y aplicando normas previas, claras y públicas por autoridad competente.
>
> **44.** De lo dicho se concluye entonces que, el dictamen No. 2-19-IC/19, al tener el carácter de vinculante, debe ser obedecido obligatoriamente desde su expedición; y, al incorporarse a la Constitución, adquiere valor normativo. No obstante, el mismo no fue respetado por los jueces al emitir las decisiones impugnadas pues aun cuando el accionante alegó su inobservancia en la emisión de la resolución del Consejo de la Judicatura No. 022-2022, **los jueces basaron su razonamiento en una lectura aislada del artículo 179 de la CRE y 262 del COFJ, desconociendo que el dictamen**

20 Tomado de:
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidiMGZmZWU5Ni04NTRiLTQ0ZGItYTMyNi0yYmUzNmI3M2RmYTgucGRmJ30=

interpretativo estableció la imposibilidad de revisión de las decisiones emitidas por el CPSCCS-T[21]**.**

45. En general los juzgadores deben coadyuvar a que los principios establecidos en el artículo 427 de la CRE sobre la interpretación constitucional alcancen eficacia, en especial a que se guarde la integralidad entre las disposiciones de la Constitución. Por lo tanto, si este Organismo ya ha ejercido la calidad de intérprete final de la Constitución, a través de una decisión jurisdiccional como indica el artículo 436 numeral 1 de la CRE, en específico a través de un dictamen interpretativo -que incluso cuenta con una mayoría calificada para su emisión , debe ser aplicado de forma imperativa y obligatoria por los jueces, dado su carácter de norma objetiva que se integra al texto constitucional, evitando incurrir en lecturas aisladas de disposiciones constitucionales y legales (artículos 179 CRE y 262 COFJ). En tal virtud, se evidencia que la inobservancia de un dictamen interpretativo emitido por la Corte Constitucional constituye una violación autónoma del derecho a la seguridad jurídica, por lo que, en este supuesto no es necesario verificar una posible afectación a otros preceptos constitucionales.

EN ESTE CASO SE EVIDENCIA QUE UN DICTAMEN INTERPRETATIVO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL CON FUERZA VINCULANTE FUE IGNORADO POR LOS JUECES DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA, QUIENES ADEMÁS BASARON SU RAZONAMIENTO EN UNA LECTURA AISLADA DEL ARTÍCULO 179 DE LA CRE Y 262 DEL COFJ. SON, PUES, DECISIONES INCORRECTAS AUNQUE LA CORTE NO LO DECLARE EXPRESAMENTE.

La cultura de nuestra Corte de cerrar absolutamente las puertas al análisis de la correcta o incorrecta aplicación del Derecho puede sacrificar el **principio de justicia material** establecido en el artículo 1 de la Constitución. No queremos plantear que se convierta en un tribunal de instancia. No. Pero no debe ignorar el rol superior que ostenta: es el máximo guardián y protector de los derechos reconocidos en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad. En este sentido le corresponderá en algunos casos llenar los vacíos de Derecho justamente para privilegiar la realización de la justicia.

21 Las negrillas son nuestras.

Recordemos ahora algunos aspectos básicos de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, materia prima para el trabajo de la Corte Constitucional:

1. El objeto y finalidad de la ley según el artículo 1 de la misma:

   regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.

2. Uno de los principios para resolver las causas que se sometan a la justicia constitucional es el de *optimización de los principios constitucionales*, consagrado en el artículo 2 numeral 2, el cual consiste en lo siguiente:

   La creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales.

3. El principio procesal de Iura novit curia, que es uno de los que **sustenta** la justicia constitucional según el artículo 4 numeral 13 de la ley, y cuyo contenido es el siguiente:

   La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.

Sobre este valioso principio el ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Rafael Nieto Navia, en su trabajo "LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO JURA NOVIT CURIA POR LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS"[22] sostiene:

> El principio *jura novit curia*, sin embargo, es un principio procesal que da a los jueces facultades de traer normas de interpretación, normas procesales y principios que un demandante o un demandado hubieran podido olvidar y que **el juzgador, porque los conoce, los aplica con el objeto de que, por falta de hacerlo, pudiera hacerse una errónea decisión**[23] o, si se quiere, una denegación de justicia. *Jura* es el plural de *jus* que hay que traducir en este caso como "ley" y no como "derecho subjetivo", algo así como "el Derecho" y no "el derecho". *Da mihi factum, dabo tibi jus,* "dame los hechos y yo dispensaré el derecho", aplicable sobre todo en los casos en que el juez

22 Tomado de: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33025.pdf

23 Las negrillas son nuestras.

tiene que llenar una laguna. No quiere decir "el juez reconoce los derechos". Podría enunciarse *curia novit legem* sin cambiar un ápice su significado. Es un principio que permite al juez, por ejemplo, considerar que una causa ha debido introducirse bajo una regla que no fue o fue mal citada por el demandante, pero no lo autoriza para enmendarle a éste la demanda y aplicar un derecho sustantivo nuevo, ni para fallar en equidad y no en derecho, desconociendo la diferencia entre uno y otro. Cuando el principio se aplica al derecho sustantivo, el juez atenta contra *la justicia misma* y contra el derecho del demandado de defenderse, y excede su jurisdicción. Más aún cuando lo hace en la sentencia de fondo. Un juez puede superar, por aplicación de este principio, las omisiones o deficiencias de los argumentos legales de las partes y aplicar la regla que considere correcta. Pero entender el principio como "el juez reconoce los derechos" lleva sus poderes más allá de la ley con lo cual efectivamente se sitúa más allá de ella.

3. Las diversas expresiones de la inobservancia de las normas de Derecho y la correcta o incorrecta aplicación de esas normas

La inobservancia como sinónimo de incumplimiento de normas de Derecho puede tener varias expresiones. Así:

1. Puede referirse a normas explícitas de diverso rango: legal, convencional o constitucional.

2. Puede referirse a normas implícitas ubicadas en dichos niveles.

3. Puede referirse a la omisión en cuanto a la extracción de una excepción implícita que debe surgir del propio ordenamiento jurídico.

4. Puede referirse a la inobservancia del Derecho por la observancia de la ley o de una norma jurídica secundaria.

5. Puede referirse a la inobservancia del Derecho por el sometimiento de la autoridad al gobierno o poder de turno.

6. Puede versar sobre la falta de aplicación de jurisprudencia o la aplicación errada de la misma.

7. Puede versar sobre el incumplimiento de la ley o de una norma jurídica por el afán de la autoridad de relativizarla en ciertos campos o materias.

8. Puede referirse al incumplimiento de la ley o de una norma jurídica por simple demagogia jurídica o por un afán acomodaticio de la autoridad competente.

9. Puede aludir a la desatención de principios.

10. Puede aludir a una inequidad manifiesta.

11. Puede aludir a una falta de equilibro entre medios y fines.

12. Puede aludir a razones aparentes descartando las verdaderas.

13. Puede enfocarse en la alteración de situaciones jurídicas consolidadas que no tienen por qué modificarse

14. Puede enfocarse en la revisión de sentencias fuera del tiempo establecido por la ley.

15. Puede referirse a la ausencia de control jurídico, sea de legalidad, convencionalidad o constitucionalidad, de conformidad con el artículo 425 párrafo segundo de la Constitución[24].

16. Puede referirse a una irracional limitación de un derecho, como por ejemplo cuando se afecta su contenido esencial.

17. Puede darse por no privilegiar los derechos, lo cual es incoherente con el Estado constitucional de derechos y justicia.

18. Puede darse por no privilegiar los derechos, priorizando, más bien, las normas jurídicas.

19. Puede referirse a la errada interpretación jurídica, por las más variadas razones.

20. Puede referirse a la equivocada interpretación de los hechos o a la errada valoración de la prueba.

21. Puede referirse a la asunción de competencias inexistentes.

---

24 Que dice:
"En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior."

22. Puede referirse al desconocimiento de competencias existentes, por cualquier razón.

23. Puede configurarse por ignorar prohibiciones existentes, o por considerar que existen prohibiciones allí donde no las hay.

24. Puede configurarse por la irracional aplicación del Derecho.

25. Puede configurarse por la irracional aplicación del Derecho no obstante la correcta elección de la norma para el caso concreto.

26. Puede configurarse cuando habiéndose interpretado correctamente la norma se la aplica para un caso no previsto en ella (aplicación indebida)

27. Puede configurarse porque la autoridad considera que cierta circunstancia es determinante, sin serlo.

28. Puede referirse a la falta de aplicación del principio de debida diligencia, el cual está incluido en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva según la jurisprudencia constitucional. Así, en el párrafo 25 de la sentencia No. 260-13-EP/20 del 1 de julio de 2020[25].

29. Puede configurarse por la desconexión de la autoridad con la realización de la tutela judicial efectiva. Recuérdese que dicha protección comprende tanto el ámbito judicial como administrativo.

    En nuestra obra *La Tutela Judicial Efectiva Como Instrumento Esencial De La Democracia* conceptualizamos así a dicha tutela[26]:

    > *es el estado o situación cierta de amparo jurídico y realización material del derecho o interés legítimo que, teniendo como antecedente, por regla general, una o más providencias judiciales, permite al titular del derecho o interés legítimo o a quien se encuentra en el ejercicio legítimo de los mismos, el disfrute de sus beneficios patrimoniales y/o extrapatrimoniales, o prepara el camino para su realización permanente*.

30. Puede darse por la aplicación de una norma no vigente.

---

25 Puede consultarse en la siguiente dirección: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidmMWE5MjVlMC0xMzhiLTQwOTQtOWNhNy03ZGU3M2EzYmI2YmQucGRmJ30=

26 HERNÁNDEZ Miguel (2005). *La tutela judicial efectiva como instrumento esencial de la democracia*, Guayaquil: Offset Graba. Página 58.

31. Puede darse por la aplicación de una norma derogada en lugar de la vigente aplicable al caso.

32. Puede darse por la omisión en la adecuación normativa ordenada por el artículo 84 de la Constitución:

    Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades…

33. Puede darse por la omisión en la adecuación normativa ordenada por la Convención Americana de Derechos en el artículo 2[27], y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

    Artículo 2.- Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

    Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."[28]

    Sobre jurisprudencia interamericana destacamos que en el caso FERNÁNDEZ PRIETO Y TUMBEIRO VS ARGENTINA, mediante sentencia del 1 de septiembre de 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos definió[29]:

---

27 Tomado de:
https://www.refworld.org.es/docid/57f767ff14.html

28 El artículo 1 de dicha Convención establece:
"Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos
1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano."
Texto tomado de la misma fuente.

29 Tomado de:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf

121. En la presente Sentencia, este Tribunal determinó que los artículos 4 del Código de Procedimientos en Materia Penal, vigente en la época en que el señor Fernández Prieto fue detenido, los artículos 230 y 284 del Código Procesal Penal de la Nación, vigente en la época de la detención del señor Tumbeiro, y el artículo 1 de la Ley 23.950, constituyeron un incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana (*supra* párrs. 62 a 110). Asimismo, el Tribunal nota que la legislación procesal penal ha sido modificada a través de la adopción de un nuevo Código Procesal Penal Federal de la Nación, y que el artículo 138 de dicho Código regula los supuestos habilitantes para la realización de requisas sin orden judicial. El Tribunal advierte que, de la información presentada ante este Tribunal por el Estado, dichas modificaciones legislativas constituyen un avance en el cumplimiento del deber de adoptar medidas de derecho interno, pero que las mismas no abarcan la totalidad de las violaciones declaradas en la presente sentencia.

122. En razón de ello, la Corte considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno, lo cual implica la modificación de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en la Convención, a efectos de compatibilizarlo con los parámetros internacionales que deben existir para evitar la arbitrariedad en los supuestos de detención, requisa corporal o registro de un vehículo, abordados en el presente caso, conforme a los parámetros establecidos en la presente Sentencia. Por tanto, *en la creación y aplicación de las normas que faculten a la policía a realizar detenciones sin orden judicial, las autoridades internas están obligadas a realizar un control de convencionalidad tomando en cuenta las interpretaciones de la Convención Americana realizadas por la Corte Interamericana respecto a las detenciones sin orden judicial, y que han sido reiteradas en el presente caso.*[30]

34. Puede configurarse por la omisión de la aplicación del principio iura novit curia[31].

35. Puede configurarse por la aplicación literal de la ley, sin considerar su sentido o razones subyacentes.

30 Las cursivas son nuestras.

31 Este principio es desarrollado en el Código Orgánico General de Procesos en los siguientes términos: "Art. 91.- **Omisiones sobre puntos de derecho.-** La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes."

Pues bien, una o varias de estas expresiones de la inobservancia de una norma jurídica, sin duda alguna, pueden producir la incorrecta aplicación del Derecho con resultados de vulneración de uno o varios derechos reconocidos en la ley suprema o en tratados o convenios internacionales. De ahí el error de la Corte Constitucional de afirmar *en términos absolutos* que no le corresponde juzgar sobre la correcta o incorrecta aplicación de las normas jurídicas (especialmente de las infraconstitucionales, olvidando que la violación o desconocimiento de ellas puede producir la violación de derechos reconocidos en la Constitución de la República, como el derecho a la seguridad jurídica). El juicio sobre la observancia o inobservancia de normas puede conducir a la comprobación de la incorrecta aplicación del Derecho o de una o varias normas jurídicas.

4. Algunos casos de incorrecta aplicación del Derecho

1.- En la sentencia No 1707-16-ep/21 del 30 de junio de 2021 la Corte sostuvo *unánimemente* en los párrafos 51 y 52[32]:

> **51.** De la relación anterior, la Corte verifica que el auto resolutorio aplicó una resolución posterior a la fecha de los hechos alegados y que no fue utilizada como fundamento para declarar la vulneración de derechos y su reparación en la sentencia de acción de protección. La homologación definitiva de remuneraciones aprobada en la sesión ordinaria del Pleno del Consejo de la Judicatura de 25 de agosto de 2009 no se encontraba vigente al momento de los hechos denunciados y por ende no podía servir de base para determinar desde cuándo había existido una desigualdad en la remuneración percibida por la accionante. Además, al aplicar la resolución de 25 de agosto de 2009, sin que esta haya sido fundamento para la sentencia que se estaba ejecutando, el Tribunal Distrital modificó arbitrariamente una decisión adoptada en una sentencia con fuerza de cosa juzgada material.
>
> **52.** En consecuencia, esta Corte concluye que en el auto resolutorio **se aplicó una norma que no se encontraba vigente** al momento en que ocurrieron los hechos que originaron la sentencia que se debía ejecutar y, al hacerlo, se modificó arbitrariamente lo dispuesto en dicha sentencia, **lo que configura una vulneración al derecho a la seguridad jurídica.**[33]

32 Tomado de:
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidmYTU1ZjY0ZS1mMzFkLTRhMTgtYmU0Yi1kN2QyOWY0ODg4MzEucGRmJ30=

33 Las negrillas son nuestras.

A TODAS LUCES ESTE CASO IMPLICA UNA INCORRECTA APLICACIÓN DEL DERECHO.

2.- En la sentencia No. 538-16-EP/21 del 21 de julio de 2021 la Corte determinó con el voto unánime de los jueces presentes[34]:

> **13.** El cargo establecido en el párrafo 9 supra imputa al auto impugnado la vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación, tutela judicial efectiva, debido proceso en la garantía de ser juzgado por un juez competente, defensa en la garantía de recurrir y a la seguridad jurídica. Sin embargo, al precisar su alegación, la accionante únicamente señaló que sus derechos se afectaron porque el auto impugnado habría inadmitido su recurso cuando lo procedente era convocar a una audiencia para su fundamentación. Por lo tanto, basta con examinar la presunta vulneración del derecho a la defensa en la garantía de recurrir para verificar la procedencia o no del cargo (y la vulneración de los demás derechos), de allí que el problema jurídico se plantea en los siguientes términos: **¿Vulneró, el auto impugnado, el derecho a la defensa de la accionante, en la garantía de recurrir del fallo, por cuanto habría realizado un examen de admisibilidad de su recurso de casación cuando lo procedente era convocar a una audiencia para su fundamentación?**
>
> **27.** Al respecto, es necesario recordar que la accionante fue procesada y juzgada conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal (párr. 18 *supra*). Desde el punto de vista de su defensa técnica, entonces, lo razonable era que, si deseaba interponer un recurso de casación, lo hiciera al amparo de las normas contenidas en ese mismo cuerpo normativo, código que —como se indicó en el párr. 23 *supra*— establecía que, una vez interpuesto el recurso de casación, su fundamentación debía realizarse en una audiencia. Y, efectivamente, así lo hizo. Es por ello que el escrito de interposición del recurso carecía de fundamentación. Sin embargo, esa supuesta omisión no debía motivar la inadmisión del recurso, pues no le era exigible a la señora Males Andrango dicha fundamentación al momento de la interposición. Al actuar en sentido contrario (párr. 21 *supra*), el tribunal de casación impuso una carga —la de fundamentar el recurso en el escrito de interposición— imposible de prever por la procesada, por las razones antes indicadas, carga que le impidió ejercer su derecho a la defensa en la garantía de recurrir. Adicionalmente, cabe señalar que la

34 Tomado de: https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/08/27-08-CC-de-Ecuador.pdf

> actuación del tribunal de casación no fue similar a otros pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.
>
> **29.** En suma, esta Corte considera que, al haberse exigido a la recurrente que su recurso de casación estuviese fundamentado al tiempo en que fue interpuesto —sin que esta afirmación constituya un juicio sobre la constitucionalidad de la resolución Nº 010-2015—, se le impuso una carga irrazonable que afectó el ejercicio de su derecho a recurrir, ya que, según las reglas aplicadas en las etapas anteriores del proceso penal, tal fundamentación se debía efectuar posteriormente, en audiencia. De ahí que, si bien no se puede reprochar al tribunal de casación el quebrantamiento de una regla de trámite, en este caso, la vulneración del principio del derecho a la defensa se produce de manera directa: se trata de una vulneración atípica de ese derecho fundamental, como se define en la cita del párrafo 16 *supra.*

A TODAS LUCES ESTE CASO IMPLICA UNA INCORRECTA APLICACIÓN DEL DERECHO.

3.- En la sentencia 1431-16-EP/21 del 23 de junio de 2021 la Corte enfáticamente definió[35]:

> **34.** Ahora bien, la interpretación de la norma procesal y la aplicación retroactiva de la reforma penal que realiza el Tribunal de casación, exigiendo al recurrente de casación agotar la apelación previamente, al no darle la oportunidad de presentar el recurso de apelación y disponer únicamente la devolución del proceso para su archivo, en realidad negó la posibilidad de que la entidad accionante pudiese acceder efectivamente a los recursos que le asistían y que fueron planteados en virtud de lo que la normativa establecía. En definitiva, en el caso concreto, el auto emitido por el Tribunal de casación provocó que se niegue tanto la vía de la casación como la de apelación, pues pese a dictar un "auto devolutivo" este no habilitó la oportunidad de que el sujeto procesal pueda presentar el recurso de apelación que, a su criterio, faltaba agotar previo a llegar a la casación.
>
> **35.** En consecuencia, lejos de que la interpretación permita acceder al recurso de apelación el Tribunal de casación provocó que la entidad accionante quedara arbitrariamente impedida de poder ejercer su derecho a

35 Tomado de:
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic0M2QwZDY4Ni1iNmYxLTQwNzAtOGUwMi05OTFlYTEzMjIxNjIucGRmJ30=

recurrir. Por lo que, el auto emitido por el Tribunal de casación, vulneró la Constitución en su artículo 76 numeral 7 literal m).

45. En tal sentido, es evidente que, pese a que existía una normativa que estaba vigente y era aplicable al caso, el Tribunal de casación cambió las reglas del juego y exigió al accionante, arbitrariamente, el agotamiento de un recurso que no estaba previsto en el ordenamiento jurídico al momento que se inició y tramitó su causa. En consecuencia, al imponerle condiciones no previsibles en el ordenamiento jurídico aplicable y con ello impedir que pueda ejercer el derecho a recurrir del fallo, el Tribunal de casación anuló la certeza que deben tener las partes procesales de que su situación jurídica no puede ser modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente. De modo que, en este caso, la inobservancia del ordenamiento jurídico previo, público y aplicable, al haber afectado los derechos de la entidad accionante, vulneró el derecho a la seguridad jurídica.

EVIDENTEMENTE ESTE CASO SUPONE UNA INCORRECTA APLICACIÓN DEL DERECHO.

4.- En la sentencia No. 260-13-EP/20 del 1 de julio de 2020 la Corte resolvió unánimemente[36]:

43. Sin embargo, **pese a no haber sido mencionado por el accionante en su demanda, esta Corte en aplicación del principio *iura novit curia* considera importante realizar un pronunciamiento respecto de la incorrecta aplicación por parte de los jueces de la norma constitucional prevista en el artículo 436 numerales 2 y 4 y 75, 1, d) y 135 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional**[37], al tratar a los actos impugnados como si fueran de la misma naturaleza jurídica, si bien no queda duda del carácter abstracto y general del Acuerdo Interministerial; no así la resolución dictada por PETROECUADOR, que ha declarado la utilidad pública con fines de expropiación de varias estaciones de servicio (entre ellas la denominada "Reina del Cisne 3" del accionante). Este último acto no puede reputarse como abstracto ni general, ya que tiene un contenido concreto – la expropiación de estaciones de servicio singularizadas – y destinatarios claramente determinados – los dueños de dichas

36 Tomado de: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidmMWE5MjVlMC0xMzhiLTQwOTQtOWNhNy03ZGU3M2EzYmI2YmQucGRmJ30=

37 Las negrillas son nuestras.

> estaciones de servicio. En consecuencia, este último acto de autoridad pública es plurindividual, ya que genera efectos individuales a cada uno de los dueños de las estaciones de servicio expropiadas en el mismo.
>
> **44.** En el caso *sub júdice*, la falta de un diligente estudio del caso concreto llevó a los juzgadores a tratar bajo idénticas consideraciones jurídicas a un acto de autoridad pública de carácter general con uno esencialmente particular; trayendo como consecuencia que se hayan aplicado disposiciones constitucionales y legales que no eran pertinentes al último de los actos públicos impugnados en la acción de protección. Advirtiéndose así una vulneración al derecho a la seguridad jurídica.

La Corte Constitucional hizo lo correcto: no podía obviar una situación patética de incorrecta aplicación de normas constitucionales y legales que desembocó en la violación del derecho constitucional a la seguridad jurídica. El fundamento fue también acertado: el principio iura novit curia, que es el mismo sustento que debe servir a la Corte para incursionar en el análisis de la incorrecta aplicación del Derecho en otros casos. Lo errado es no involucrarse en el análisis de la correcta o incorrecta aplicación del Derecho *cuando el caso lo amerita jurídicamente*. De por medio está la protección (tutela) efectiva de los derechos, la seguridad jurídica.

El fallo constitucional que hemos citado dice con claridad en el párrafo 24, que "el derecho a la tutela judicial efectiva viabiliza todos los demás derechos constitucionales, a través de un sistema jurídico institucional encargado de dar protección judicial en todas las materias, en condiciones de igualdad y equidad."

Este caso fue tan patético que en el párrafo 53 el máximo órgano de administración de justicia constitucional definió entre otros, que:

> Adicionalmente, las vulneraciones determinadas en el presente fallo constituyen una inadecuada administración de justicia constitucional, conforme el artículo 11.9 de la Constitución de la República, razón por la cual merecen una reparación patrimonial por el Estado.

Hacemos notar que esta sentencia que con razón incursiona en el análisis de la correcta o incorrecta aplicación de normas constitucionales y legales, se dictó el 1 de julio de 2020, pero antes (y después, con mucha insistencia) el mismo tribunal sostuvo por unanimidad en la sentencia 1943-12-EP/19 del 25 de septiembre de 2019, párrafo 50, que "En este contexto, cabe enfatizar que a través de la acción extraordinaria de protección no le corresponde a la Corte Constitucional analizar sobre lo acertado o no de la decisión, sino si dicha decisión en la cual el órgano jurisdiccional no se pronuncia sobre el fondo, se encuentra suficientemente

sustentada para no ser considerada arbitraria, en respeto del derecho a la tutela judicial efectiva[38]."

5.- En la sentencia 1735-18-EP/20 del 16 de diciembre de 2020 la Corte Constitucional sostuvo[39]:

> **27.** Sin perjuicio de ello, llama la atención de esta Corte que la Sala Provincial se haya valido de una Ley aplicable a la acción de acceso a la información pública, para resolver una acción de hábeas data. Por lo mismo, en aplicación al principio iura novit curia, mismo que: *"[...] autoriza a los jueces en las acciones de garantías jurisdiccionales de defensa de derechos constitucionales a aplicar una disposición y a declarar la violación de derechos aun cuando no fueron alegados, acudiendo a diversos hechos que aunque no fueron invocados por las partes les permiten formarse criterio sobre la vulneración de los derechos"* , esta Corte entrará a analizar una posible vulneración del derecho a la seguridad jurídica del accionante, a la luz del artículo 11 numeral 3 de la Constitución…
>
> **34**. En el caso concreto, esta Corte ha constatado que la Sala Provincial negó el recurso de apelación y rechazó la demanda, bajo la consideración de que no se agotó la solicitud de acceso a la información personal a la luz del artículo 19 de la LOTAIP. No obstante en este caso, el accionante buscó acceder a sus datos personales y los de su hijo, para lo cual, no cabía que se aplique una normativa que regula la acción de acceso a la información pública, imponiéndole requisitos previstos para una acción distinta de la que presentó.

NOS PARECE QUE, ELOCUENTEMENTE, LA CORTE EN ESTE CASO SE PRONUNCIÓ IMPLÍCITAMENTE EN EL SENTIDO DE QUE HUBO INCORRECTA APLICACIÓN DE LA LEY.

38 Tomado de: http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/789af1b6-9ac3-43b6-86e3-3eb7e2d45098/1943-12-ep-19_(1943-12-ep).pdf?guest=true

39 Tomado de: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic1MzYzYjUwOS00NTMzLTQ2ZjQtYWE5Yi0yNDhmZDFmMTE5NmMucGRmJ30=

6.- En la sentencia No. 2030-15-EP/21 del 2 de junio de 2021 la Corte sentó los siguientes criterios[40]:

> **49**. De la revisión del expediente se observa que, en la cláusula tercera del auto impugnado, la Sala Provincial transcribió la estipulación contractual en la que las partes decidieron sujetarse al trámite verbal sumario y, sobre dicho aspecto, consideró que:
>
> (i) Conforme, el artículo 828 del Código de Procedimiento Civil, los asuntos que pueden plantearse en la vía verbal sumaria solo pueden ser los determinados taxativamente en el indicado artículo;
>
> (ii) La naturaleza civil del contrato obliga a que el asunto sea tramitado en la vía ordinaria y no la verbal sumaria; y,
>
> (iii) Al no existir trámite especial para el asunto de restituir al comprador el valor del precio recibido en demasía, se debe tramitar por la vía ordinaria conforme al artículo 59 del Código de Procedimiento Civil.
>
> **50**. De lo expuesto se aprecia que el análisis de la Sala Provincial no consideró el presupuesto normativo del mismo artículo 828 del Código de Procedimiento Civil, en el que expresamente se permite la sujeción al trámite verbal sumario por convenio de las partes.
>
> **51.** *Tampoco se observa que los artículos invocados por la Sala Provincial sustenten la alegada incompatibilidad de las controversias civiles con la vía verbal sumaria. Del mismo cuerpo legal se desprende que otra clase de juicios civiles (como los posesorios) son sometidos a dicho trámite, sin que aquello resulte contrario a su naturaleza; contrario sensu a lo asegurado por la Sala Provincial.*[41]
>
> **52**. En ese sentido, se aprecia que la Sala Provincial inobservó el ordenamiento jurídico, específicamente cuando: (i) desconoció el acuerdo de las partes de someterse a la vía verbal sumaria; e, (ii) incorporó una limitación para el ejercicio de la acción que no se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico.

40 Tomado de: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidkODVlZjEwYy0wYWUwLTQwZGQtYmZiMC1lYzk2ZjFkNWFjZTkucGRmJ30=

41 Las cursivas son nuestras.

> *Esto afectó la certeza del accionante respecto a la aplicación de las reglas y procedimientos establecidos previamente, vulnerándose de esa manera el contenido del derecho a la seguridad jurídica*.
>
> **53.** Por lo tanto, esta Corte observa que la Sala Provincial vulneró el derecho a la seguridad jurídica del accionante puesto que no aplicó normas claras, previas y públicas.

A nosotros nos parece que la Corte Constitucional, en el fondo**, juzgó que la actuación de la Sala fue jurídicamente incorrecta.** La Corte contradice el criterio de tal Sala cuando afirma que "*Tampoco se observa que los artículos invocados por la Sala Provincial sustenten la alegada incompatibilidad de las controversias civiles con la vía verbal sumaria. Del mismo cuerpo legal se desprende que otra clase de juicios civiles (como los posesorios) son sometidos a dicho trámite, sin que aquello resulte contrario a su naturaleza; contrario sensu a lo asegurado por la Sala Provincial*[42]". La Corte difiere de la apreciación del tribunal provincial sobre la incompatibilidad de las controversias civiles con la vía verbal sumaria, considerándola incorrecta, aunque llama a esta situación *inobservancia* del ordenamiento jurídico. La Corte considera que la actuación fue equivocada.

5. Unas notas sobre la seguridad jurídica

Ahora bien, hemos sostenido siempre que la seguridad jurídica se configura cuando la aplicación de las normas es correcta. Esa aplicación acertada conduce a la tutela judicial efectiva. Por lo mismo, la violación a las reglas del debido proceso, en abstracto[43], produce inseguridad jurídica y no permiten llegar al puerto de la tutela judicial efectiva, corazón de todo el quehacer judicial tanto en lo gubernativo como en lo estrictamente jurisdiccional. Por la relevancia de la aplicación correcta de la ley el Código Orgánico Integral Penal define:

> **Art. 5.- Principios procesales.-** El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

42 Las cursivas son nuestras.

43 Decimos *en abstracto* porque es posible que en un caso concreto, dependiendo de la subregla quebrantada, la violación del debido proceso no afecte la decisión de fondo.

> **21. Objetividad:** en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, **a la correcta aplicación de la ley**[44] y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan.

Además, consideramos desde que se legisló el derecho constitucional a la seguridad jurídica en el Ecuador, en la Constitución de agosto de 1998, que el mismo parte de la idoneidad de las normas jurídicas para la protección de los respectivos bienes jurídicos. En otras palabras, las normas de Derecho deben ser calificadas, deben tener un contenido cualitativo de cara a la tutela de los derechos y bienes jurídicos. Esto significa que deben ser respetuosas de los principios constitucionales, convencionales y legales aplicables, que no pueden ignorar los conceptos de justicia material, equidad, proporcionalidad, entre otros. Por lo mismo, la aplicación de leyes irracionales, ofensivas a la dignidad humana, desconocedoras de las situaciones jurídicas legítimamente logradas no son parte de la seguridad jurídica.

Para muestra dos botones: según el artículo 2 numeral 1 de la Ley de Ciudadanía del Reiche, de 1935, *"Un ciudadano del Reich puede ser solo uno que sea de sangre alemana o afín, y que, a través de su comportamiento, demuestre que está deseoso y personalmente apto para servir fielmente al pueblo alemán y al Reich.*[45]*"* Y de acuerdo al artículo 1 numeral 1 de la Ley para la protección de la sangre alemana y del honor alemán, de 1935, "Quedan prohibidos los casamientos entre judíos y súbditos del Estado de sangre alemana o de sangre parentesca. Serán considerados inválidos los casamientos contraídos en el extranjero para eludir la ley[46]."

Creemos que el cumplimiento de leyes atentatorias contra la dignidad humana quebranta la seguridad jurídica.

En nuestro libro *Seguridad Jurídica, Análisis, Doctrina y Jurisprudencia* sostenemos, entre otros[47]:

> La grandeza del Derecho encuentra su razón en la grandeza del ser. Y ésta descubre su génesis, esencialmente, en la espiritualidad del hombre y en su fe por la justicia como derrotero hacia la consolidación de la paz

44 Las negrillas son nuestras.

45 Tomado de: https://es.alphahistory.com/holocausto/ley-de-ciudadan%C3%ADa-del-reich-1935/

46 Tomado de: https://www.yadvashem.org/yv/es/holocaust/about/pdf/Nuremberg15.9.1935.pdf

47 HERNÁNDEZ, Miguel (2004) *Seguridad Jurídica, Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*, Guayaquil: EDINO. Páginas 17 y 19.

> individual y social. Así, a la idea del Derecho se encuentra aparejada la de la justicia. Luego, el Derecho como disciplina y como valor no puede alejarse del concepto de justicia. Ni ésta de aquél. Lo cual quiere decir que la seguridad del y en el Derecho es también la seguridad de la justicia y en la justicia. Es decir, en el concepto de seguridad jurídica está incorporado, intrínsecamente, el concepto de justicia.
>
> (…)
>
> Es, pues, una cuestión cardinal en el Derecho el que la seguridad jurídica no atiende a quién es el sujeto que cumple o vulnera la norma jurídica. Ella mira esencialmente al cumplimiento objetivo de la norma jurídica, partiendo de la justicia intrínseca de la misma.

Juan Carlos Cassagne en su obra *Los Grandes Principios del Derecho Público* afirma[48] que "La noción de justicia se integra con tres elementos: a) es una relación de alteridad o sea inter-subjetiva, es decir que se orienta siempre a otra persona (solo en sentido figurado puede hablarse de hacerse justicia uno mismo); b) lo debido (el *debitum*) a otro y, correlativamente, el derecho que tiene esta persona a reclamar lo que considera como suyo; y c) la igualdad que, por constituir un elemento analógico, puede presentarse en formas variadas"

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz en su obra *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional h*ace, entre otras, las siguientes afirmaciones sobre la seguridad jurídica[49]:

> El principio de seguridad jurídica exige que las normas sean claras, precisamente para que los ciudadanos sepan a qué atenerse….[50]
>
> La seguridad jurídica y la certeza de las normas son dos parámetros básicos del Estado de Derecho. Es más, el grado y la intensidad del Estado de Derecho mucho tiene que ver con el grado y la intensidad con que la seguridad y la certeza jurídica resplandezcan en el panorama normativo[51].

Nosotros estimamos que la seguridad jurídica:

- Es instrumental de la justicia.

48 CASSAGNE, Juan (2015). *Los Grandes Principios del Derecho Público*, Buenos Aires: LA LEY. Página 190.

49 RODRÍGUEZ, Jaime (2009). *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

50 Página 110 de la obra citada.

51 Página 111 de la obra citada.

- No puede hacer abstracción del contenido de las normas de Derecho, de la cualidad de las mismas. Exige normas calificadas para proteger los derechos
- Respeta las situaciones jurídicas legítimamente consolidadas.
- Equilibra las relaciones jurídicas, y por lo mismo ataca los sobredimensionamientos en que pueden incurrir las partes contractuales.
- Permite lograr una visión macro del Derecho, sin descuidar la micro.
- En el Estado constitucional de derechos y justicia otorga especial centralidad a los derechos y a la justicia material.
- Busca la realización de la paz individual y social a través de la consecución de la tutela judicial efectiva.
- Comprende la racional aplicación del Derecho.

Bibliografía

Legislación

1.- Constitución de la República.

2.- Convención Americana de Derechos Humanos.

3.- Código Orgánico General de Procesos.

4.- Código Orgánico Integral Penal.

5.- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

6.- Ley de Ciudadanía del Reiche, de 1935.

7.- Ley para la protección de la sangre alemana y del honor alemán, de 1935.

Jurisprudencia

1.- Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador:

- 1158-17- EP/21

- 432-16-EP/20

- 44-16-IN

- 740-12-EP/20

- 904-12-JP

- 159-11-JH/19

- 1219-22-EP/22

- 260-13-EP/20

- 1707-16-ep/21

- 538-16-EP/21

- 1431-16-EP/21

- 1735-18-EP/20

- 2030-15-EP

2.- Sentencia T-214/12 de la Corte Constitucional de Colombia.

3.- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso FERNÁNDEZ PRIETO Y TUMBEIRO VS ARGENTINA.

Obras jurídicas

1.- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio.*

2.- HERNÁNDEZ, Miguel, *Aplicación del Derecho, Imperio de la Ley y Neoconstitucionalismo.*

3.- HERNÁNDEZ, Miguel, *Seguridad Jurídica, Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*.

4.- HERNÁNDEZ Miguel, *La Tutela Judicial Efectiva Como Instrumento Esencial De La Democracia*.

5.- CASSAGNE, Juan, *Los Grandes Principios del Derecho Público*

6.- RODRÍGUEZ, Jaime, *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*

Artículos académicos

Artículo de Rafael Nieto Navia, *La Aplicación Del Principio Jura Novit Curia Por Los Órganos Del Sistema Interamericano De Derechos Humanos*.

Varios

Diccionario de la Lengua Española

PROCESOS CONSTITUCIONALES EN EL ECUADOR

DRA. NURIA PÉREZ PUIG-MIR[52]

Sumario: 1. El Derecho Procesal Constitucional; 1.1. Concepto y aplicación en la Constitución del Ecuador; 1.2. Naturaleza jurídica del Derecho Procesal Constitucional; 2. La Justicia Constitucional. 2.1. La Justicia como elemento preponderante en los fallos de la Corte Constitucional; 2.2. La Constitución, y su aplicación en la Justicia Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional; 3. Conflicto Constitucional; 3.1. Características; 3.2. Reparación integral en la justicia constitucional; 3.3. Cumplimiento de sentencias constitucionales; 4. Consideraciones finales.

1. El derecho procesal constitucional

1.1. Concepto y aplicación en la Constitución del Ecuador

El derecho procesal constitucional como ciencia es la suma de los elementos procesales y constitucionales. No existe un *pruis* ni un *posterius*, sino una recíproca implicación[53]. Como rama del derecho público orienta normas procesales orgánicas que confluyen la materialización de las garantías jurisdiccionales en situaciones de conflicto entre el acto de autoridad y/o Estado y un particular[54], aplicando a través de la jurisdicción de Corte Constitucional la correcta interpretación de la norma fundamental como dirimente del conflicto y con resultados permanentes, asegurando la aplicación del principio de supremacía constitucional y seguridad jurídica. El derecho procesal constitucional vela por la eficacia de la norma constitucional y la protección efectiva de la Constitución a través del proceso jurisdiccional, y al constituirse la supremacía como un parámetro de validez de la norma constitucional es necesario la implementación de procedimientos que la aseguren.

El derecho procesal constitucional armoniza con la solución del conflicto constitucional, la implementación y manejo del derecho constitucional orgánico y funcional. El texto constitucional en el artículo 86, dispone las reglas de competencia

52 Abogada. Especialista en Solución de Diferencias en Acuerdos Comerciales. Magíster en Derecho Constitucional. Doctora en Jurisprudencia. Doctora en Ciencias Jurídicas, Phd. Catedrática de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

53 Zagrebelsky Gustavo, El Derecho dúctil (1992), Madrid.

54 Colombo Campbell, Juan. (2002) en Prólogo fechado diciembre 2002 al libro de Bordali, Andrés, Temas de Derecho Procesal Constitucional, (Santiago Ed. Fallos del mes Universidad Austral de Valdivia p. 4).

y de procedimiento constitucional identificando que este será sencillo, rápido, eficaz y sin formalidades[55]. Se aplica un procedimiento único por tratarse de materia sobre derechos, inclusive se aclara de forma directa que las normas procesales que tiendan a retardar el despacho serán inaplicables.

El sentido del derecho procesal constitucional remarca y eleva la justicia constitucional y los principios procesales que de ella emanan y que encontramos en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional[56]. La concepción del derecho procesal constitucional según Zamudio[57] lo define como:

> La disciplina jurídica, situada dentro del campo del derecho procesal, que se ocupa del estudio sistemático de lo institucional y de los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a la aplicación de los principios, valores y disposiciones fundamentales con el objeto de reparar la violación de los mismos. (…) Esta rama del derecho procesal general tiene como contenido el análisis de las tres categorías que integran lo que se ha calificado como trilogía estructural del proceso, es decir, la acción, la jurisdicción y el proceso.

Desde esta perspectiva, el desarrollo de la acción contempla las garantías constitucionales[58], mientras que la jurisdicción y el proceso contemplan el cumplimiento estructural de la propia norma constitucional fija en su texto, como normas procedimentales encaminadas a la aplicación de la justicia constitucional sustancial, a la interpretación normativa y al desarrollo progresivo axiológico de la dogmática constitucional.

1.2. Naturaleza jurídica del Derecho Procesal Constitucional

Los enfoques que surgen desde el análisis de la naturaleza jurídica, se centran en la concepción del derecho procesal constitucional desde el ámbito constitucional, desde el ámbito procesal y desde la amalgama constitucional-procesal.

---

55 Constitución del Ecuador. Art. 86: especificando que serán hábiles todos los días y horas, y que se puede presentar la demanda de manera oral o por escrito.

56 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 3,4,5: Identificándoles en orden: el debido proceso, la aplicación directa de la Constitución, gratuidad de la justicia constitucional, motivación, economía procesal, concentración, doble instancia, celeridad, publicidad, *iura novit curia*, subsidiaridad, modulación de los efectos de las sentencias.

57 Fix-Zamudio, Héctor (2003). "Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Derecho procesal constitucional. Tomo I. Tercera edición (México, D.F. Ed. Porrua), p. 197.

58 Constitución del Ecuador, 2008, Capítulo III de las Garantías Jurisdiccionales.

El análisis de la naturaleza jurídica desde el ámbito constitucional, lo mira como medio para la realización de la justicia constitucional, en la aplicación de los principios generales del derecho procesal que compaginan y se desprenden del contenido constitucional y axiológico[59]. Citando a Landa[60]:

> El derecho procesal constitucional debe forjarse en concordancia con los aportes de la teoría constitucional, en materia de derechos fundamentales e interpretación constitucional, por cuanto solo a partir de la praxis del estado constitucional y del desarrollo de dichos derechos y su interpretación, la teoría constitucional se convertirá en un factor principal de reflexión y de movilización del Derecho procesal constitucional.

Es por esto que radica su importancia desde el ámbito constitucional en la mirada que el Estado pueda proporcionar en la aplicación desde su institucionalidad y las garantías que contempla, y el desarrollo pleno de los derechos que deban asegurarse desde procedimientos expeditos, claros y oportunos que viabilicen y fundamenten la materialidad de los derechos constitucionales.

Desde un ámbito procesal, se enfocan las garantías constitucionales como mecanismo de protección y seguridad en la correcta aplicación de la normativa constitucional y de los principios de la justicia constitucional[61], a razón de solucionar los conflictos creados a partir de la interpretación de la norma fundamental y su desarrollo progresivo[62]. De acuerdo al criterio de Hernández Valle[63]:

> El derecho procesal constitucional "aunque es sustancialmente procesal" tendrá que reconocer que hay principios de Derecho Constitucional sustantivos que le son aplicables y que la convierten en una rama procesal muy particular, con principios inclusive contrarios a los de la dogmática procesalista.

---

59 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 2. Optimización de los principios constitucionales.

60 Landa. Cesar (2004). Teoría del derecho procesal constitucional (Lima. Ed. Palestra) p. 13.

61 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Titulo I. Art. 2 Principios de la justicia constitucional: "Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento".

62 Constitución del Ecuador. Art. 11 numeral 8: "el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generara y garantizara las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio".

63 Hernández Valle, en respuesta a encuesta a García Belaunde, Domingo y Espinosa Saldaña Barrera Eloy (Coords) 2006. Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional (México Ed. Porrua e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional). p. 51.

Se resume en la practicidad emanada desde un sistema garantista que emplea los principios de supremacía y seguridad jurídica sobre procedimientos que contrapongan la eficacia y prontitud, así como el desarrollo de los derechos en base a la interpretación y consecución de la justicia constitucional.

Y, por último, la perspectiva desde la amalgama constitucional-procesal se vislumbra en la aplicación de normas, principios, valores como derecho subjetivo público constitucional y la aplicación de procesos constitucionales propios del derecho procesal con relevancia al derecho adjetivo. Es del caso que no existe contraposición ya que el objeto en litigio es de materia constitucional (garantía y principio de aplicación de derechos[64] y control del poder del Estado). Siguiendo el criterio de Zagrebelsky[65]:

> ¿Derecho Procesal Constitucional? Inicia su reflexión afirmando un derecho constitucional sí, pero "sui generis" es más muy "sui generis" que comprende en si pluralidad de perspectivas, que deben reconstruirse a través de bienes jurídicos múltiples. El derecho procesal capaz de comprender las razones no siempre coincidentes de la tutela subjetiva de los derechos fundamentales, pero también las razones de la tutela objetiva de la Constitución.

Considerando la naturaleza jurídica desde la visión integradora dual, destacando la parte axiológica en su estructura dogmática y el acierto de la estructura orgánica de la Constitución con los mecanismos de aplicación de garantías y tutelas, podemos afirmar que las normas procesales contenidas en los procedimientos directos como el texto Constitucional y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional contemplan elementos de defensa de la Constitución y protección de los derechos fundamentales, fijando reglas de interpretación constitucional y determinado los efectos que se producen de la aplicación del procedimiento en las sentencias, conjugando un derecho procesal constitucional aplicable a la solución de conflictos de índole constitucional destinado a garantizar el proceso y alcanzar el estándar de justicia constitucional.

---

64 Constitución del Ecuador, Titulo II Derechos, Principio de aplicación de los derechos Art. 11 numeral "Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales nos e exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos eran plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento". Numeral 4 "Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales", Numeral 5 "En materia de derechos y garantías constitucionales, los servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia".

65 Zagrebelsky Gustavo. (2004) ¿Derecho Procesal constitucional? Y otros ensayos de justicia constitucional. (México D.F. Ed FUNDA p.) pp. 18-19.

Como resultado encontramos el criterio de Hernández:[66]

> En el proceso constitucional se tutelan dos bienes jurídicos diferentes: los derechos fundamentales de los ciudadanos y el principio de la supremacía constitucional. De ahí que existan diversos tipos de procesos, los cuales responden a necesidades diferentes, pues los intereses en juego son también distintos. Esta realidad propia del proceso constitucional condiciona lógicamente el contenido del derecho procesal constitucional, lo cual implica que numerosas instituciones del Derecho Procesal clásico tiene que adaptarse y hasta transformarse radicalmente para satisfacer los dos bienes jurídicos tutelados por esta nueva rama jurídico procesal.

En buen romance, la importancia de la naturaleza jurídica del derecho procesal constitucional radica en estructurar una prevalencia del desarrollo interpretativo de los derechos fundamentales, su adaptación a normas procesales expeditas que se adapten al modelo garantista constitucional y confluyan con la justicia constitucional.

2. La justicia constitucional

2.1. La Justicia como elemento preponderante en los fallos de la Corte Constitucional

La justicia constitucional surge producto del respeto y cumplimiento de la norma constitucional y su aplicación material, del sistema moderno de control constitucional, en épocas de la icónica sentencia Marbury vs Madison[67], que otorga el reconocimiento como norma superior a la Constitución y actualmente sustenta en el principio de supremacía. Adentrándonos al análisis de la justicia constitucional, podemos decir que es producto de la creación normativa, de aquella interpretación de la ley, de los principios y valores constitucionales, de normas ambiguas, de vacíos legales y constitucionales, de omisiones, construyendo contenidos que consagren derechos y contribuyan al ordenamiento jurídico.

---

66 Hernández Valle, Rubén. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Juricentro. San José de Costa Rica. 1995. pp. 35-36.

67 Sentencia del Juez John Marshall (1803) "Está fuera de discusión que o bien la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o bien el Legislativo puede alterar la Constitución a través de una ley ordinaria... Entre tales alternativas no hay término medio posible. O la Constitución es una ley superior y suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes y, como cualquier de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al legislativo le plazca... Si es cierto la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitado por naturaleza...»

La justicia constitucional entendida como el parámetro que delinea la resolución del conflicto (conflicto que surge producto de vulneración de los derechos constitucionales) con la mayor aproximación al equilibrio o balance de lo justo, de lo debido y de lo esperado, bordea los límites de la interpretación hermenéutica de la norma constitucional y de sus principios, valores y derechos. Es menester identificar que la aplicación de la justicia constitucional se integra de los fallos de Corte Constitucional, producto del análisis interpretativo que dota sustancia normativa, identificando el contenido de los preceptos jurídicos y transformándolos en flexibles, adaptables a la realidad social, convirtiendo la Constitución en norma viva[68], determinada y determinable en el tiempo, cubriendo las necesidades vigentes y futuras, matizándolas del sentido de justicia, esa misma justicia que se presenta como valor de valores y se convierte en el fin del Estado constitucional.

La justicia y la equidad constituyen los elementos preponderantes del modelo sustancial que garantiza jurisdiccionalmente los derechos y la supremacía constitucional. Se preferirá siempre las interpretaciones favorables que protejan los derechos constitucionales, sean estas progresivas y que más se ajusten al texto constitucional en su integralidad. Entendiendo la afirmación de Hobbes[69] "*law and rights are often counfounded*", se sitúan los derechos como elementos característicos de la Constitución y limitantes de la Ley, como consecuencia se invalida las leyes contrarias a la Constitución al igual que las leyes contrarias a los derechos.

La justicia constitucional[70] como institución que relaciona la Constitución y los derechos fundamentales, converge en el vínculo del principio de legalidad, de la garantía de los derechos y de justicia, complementando así a los derechos constitucionales con contenido plausible, identificando:

> Los derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático de modo que la protección efectiva del derecho fundamental

68 Rolla, Giancarlo. (2002) Derechos fundamentales, estado democrático y justicia constitucional. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas Serie Ensayos Jurídicos, Núm. 7 México. p. 158 "En cierto sentido, puede afirmarse que el derecho vivo está constituido no tanto por las disposiciones abstractas codificadas en los catálogos de las cartas constitucionales, como por las normas concretas que se derivan de la interpretación y de la aplicación concreta que los jueces constitucionales han dispuesto de dichas disposiciones".

69 Hobbes, Elements of Law Natural and Politic, Cambridge, 1928, p. 148. Para más información, véase: Zagrebelsky, Il diritto mite, Torino, 1992.

70 Rolla, Giancarlo. (2002) Derechos fundamentales, estado democrático y justicia constitucional. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas Serie Ensayos Jurídicos, Núm. 7 México. p. 131 "Se consolida la idea de que la justicia constitucional representa un corolario natural del carácter rígido de las Constituciones. La justicia constitucional parece constituir la coronación y el enriquecimiento de los principios fundamentales que caracterizan la forma del Estado contemporáneo".

> y de su actuación concreta trasciende del significado individual, para adquirir una dimensión objetiva en la aplicación de la justicia constitucional.[71]

El enfoque de los derechos como declaraciones constitucionales relevantes, la tutela que permite su materialización y las garantías que las concretan vislumbran lo que hoy consideramos como:

> Textos normativos en los que se cifra la voluntad de autodefensa frente al árbitro del poder de las generaciones vivas que, titulares del poder constituyente, las han creado, pretensión ésta que alcanza operatividad mediante la predisposición de instrumentos jurídicos (en especial, jurídico-procesales) que hagan posible que el espíritu y la letra del enunciado constitucional impregnen, con eficacia, el ordenamiento en un conjunto.[72]

Como mecanismo de garantía a la justicia constitucional se aplican las reglas de interpretación jurídica para la solución de antinomias, el principio de proporcionalidad para resolver contradicciones entre principios y normas, y la ponderación como relación de preferencia, siempre favoreciendo la interpretación evolutiva, sistemática, teleológica, literal y los principios generales del derecho y equidad[73].

Siguiendo el criterio de Alexy[74] en la Teoría de los derechos fundamentales, sobre principios procedimentales y el análisis de la racionalidad práctica, se considera de suma importancia la aplicación del método de la ponderación al momento de confrontar un sistema jurídico de reglas y principios como solución práctica en la búsqueda de la justicia constitucional. El proceso constitucional como instrumento sustenta la pretensión materia de la acción constitucional, mientras que el procedimiento fija la trayectoria del proceso conforme a su especialidad y a sus objetivos[75].

La aplicación de la justicia constitucional como medio predominante en los fallos de la Corte Constitucional del Ecuador se evidencia por el mecanismo interpretativo evolutivo y proporcional (método ponderativo), en relevancia al principio de favorabilidad y progresividad que delinea y remarca el contenido formal y

---

71 Sentencia, núm. 1146 de 1988 de la Corte Costituzionale italiana.

72 Rodríguez Bereijo, "La justicia constitucional en los sistemas contemporáneos", Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid, 1997, p. 13.

73 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Titulo I. Art. 2 Principios de justicia constitucional del 1 al 8.

74 Alexy Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993 p. 133.

75 Rìos Lautaro, Elementos fundamentales de la justicia constitucional, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España, 1997.

material de los derechos constitucionales y el respeto e incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que vislumbrar un parámetro del desarrollo de la justicia constitucional en la medida que garanticen la correcta interpretación hermenéutica.

2.2. La Constitución, y su aplicación en la Justicia Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional

La Constitución como norma fundamental contempla en su esencia los valores y principios del Estado impregnados en sus normas constitucionales plasmando su espíritu sustantivo, que por naturaleza propia se encuentran constituidas por un núcleo flexible o normas de textura abierta,[76] sujetas a interpretación mediante la aplicación de las reglas de la hermenéutica jurídica por los jueces constitucionales, adaptando nuevas realidades y fijando a través de sus sentencias la eficacia de sus disposiciones mediante la justicia constitucional, alcanzando garantizar y resguardar el principio de supremacía constitucional y la Constitución de valores. "La Constitución se plantea así, definitivamente, como una norma *decisoria litis*, de aplicación directa para el juez en la solución de todo conflicto constitucional."[77] El derecho procesal constitucional abarca estructuras idóneas y eficaces de protección constitucional, constituyendo una de las principales la justicia constitucional, y manteniendo una vinculación directa entre la Constitución y sus mecanismos jurisdiccionales de protección.

La esencia de la jurisdicción constitucional integra la tutela de los derechos fundamentales inmersos en el texto constitucional y la solución de los conflictos constitucionales por medio del proceso constitucional, dotando de elementos orgánicos y funcionales para alcanzar la justicia constitucional.

---

76 Rodríguez Manuel, Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho. Una reflexión breve. Universidad de Cádiz. 1999. p.133 "Entendiendo el criterio de Dworkin destaca que la Constitución está redactada en un «lenguaje general», es decir que los derechos recogidos en el texto aparezcan en cláusulas generales que necesitan una concreción. De esa forma, la Constitución no fija un sentido específico para esa generalidad. En ese sentido, podemos hablar de una «intención abstracta» y «otra concreta». Así, es posible entender la igual protección ante la ley, por ejemplo, de dos formas. Una es general o abstracta, y a ésa la denomina concept. Otra es concreta, y ésa es una *conception*. La elección de una u otra de tales formas de entender la Constitución es, según Dworkin, de importancia extraordinaria."

77 Colombo Campbell, Juan. (2002) en Prólogo fechado diciembre 2002 al libro de Bordali, Andrés, Temas de Derecho Procesal Constitucional, (Santiago Ed. Fallos del mes Universidad Austral de Valdivia p. 4).

3. Conflicto constitucional

3.1. Características

El conflicto constitucional se manifiesta cuando se transgreden los derechos reconocidos en la Constitución, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública o persona particular que preste servicios públicos, creando como resultado el desbalance de poder del Estado ante la máxima obligación de garantía del disfrute de derechos de manera sustancial o formal, y de los preceptos o principios constitucionales.

La presencia del conflicto constitucional obliga el accionar de los procedimientos previstos para restablecer la eficacia y supremacía constitucional, ante las vulneraciones del sistema, elevando la sentencia del juez constitucional como el instrumento más eficaz para restablecer y resolver el conflicto de justicia constitucional, estableciendo su efecto irradiador en el ordenamiento jurídico inferior, de esta manera se asegura la aplicación del principio de seguridad jurídica (por constituirse la Constitución en norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos), y por la jurisdicción en cuanto al conocimientos de los procesos de constitucionalidad que determinan el respeto a la Constitución y a la Corte Constitucional como su protectora.

3.2. Reparación integral en la justicia constitucional

Un capítulo importante es el análisis de las consecuencias producto de la vulneración de derechos por parte del poder del Estado, en lo que constituye la reparación integral identificada en la parte dispositiva de la sentencia en base a la administración de justicia constitucional, ya que no solamente se fija a medida de indemnización como ocurre en la administración de justicia ordinaria, sino que por tratarse de una vulneración de derechos y garantías que el Estado como protector se encuentra obligado, debe constituirse en medida y detrimento del goce que no se prestó. Consecuentemente, esta reparación integral material o inmaterial busca constituir como ejemplo la vulneración asimétrica en la que se incurrió por el abuso del poder estatal.

Como establece el Reglamento Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional del Ecuador.[78] En su artículo 98, analiza los tipos de medidas de reparación integral que tienden a desaparecer o remediar los daños

78 Reglamento Sustanciación Procesos Competencia Corte Constitucional del Ecuador. Resolución de la Corte Constitucional. Registro Oficial Suplemento 613 de 22-oct.-2015.

producto de las vulneraciones a derechos constitucionales o derechos humanos, identificando las siguientes:

1. Restitución del derecho que fue menoscabado o vulnerado a una persona; con este tipo de medida se pretende que la víctima sea restablecida a la situación anterior a la vulneración.

2. Rehabilitación, comprende aquellas medidas reparatorias que toman en consideración las aflicciones tanto físicas como psicológicas de las víctimas de una vulneración de derechos constitucionales. Deben establecerse de forma proporcional con las circunstancias de cada caso.

3. Satisfacción, se refiere a la verificación de los hechos, conocimiento público de la verdad y la ejecución de actos de desagravio; el establecimiento de sanciones contra los perpetradores de la vulneración de derechos, y la conmemoración y tributo a las víctimas o afectados. Se desprenden las medidas de reparación de carácter simbólico, las cuales buscan la preservación y honra de la memoria de las víctimas de vulneraciones de derechos. Pueden incluir: actos de homenaje y dignificación, construcción de lugares o monumentos de memoria, colocación de placas, disculpas públicas, entre otros.

4. Garantías de no repetición, son medidas de tipo estructural que tienen como finalidad asegurarse que estos hechos no vuelvan a generarse en el futuro.

5. Obligación de investigar los hechos, determinar los responsables y sancionar. Mediante el establecimiento de estas medidas de reparación se genera una obligación por parte de responsables de la vulneración de derechos constitucionales, para establecer quiénes la provocaron, ya sea por acción u omisión, con el objetivo de determinar las respectivas sanciones a las que hubiere lugar.

6. Reparación económica, se relaciona con la compensación económica que se otorgue a la víctima o a sus familiares, por las afectaciones de tipo económicas que los hechos del caso concreto ocasionaron.

En aplicación de la justicia constitucional, el juez constitucional deberá ser creativo en relación a la medida de reparación integral para cada caso, puesto que por la naturaleza intrínseca que de ella deriva reconoce de manera proporcional y racional la efectividad de la garantía jurisdiccional.

3.3. Cumplimiento de sentencias constitucionales

El cumplimiento de las sentencias constitucionales es indispensable para que se constituya el Estado garantista, la supremacía constitucional, el principio de seguridad jurídica y la verdadera aplicación de la justicia constitucional. Con el cumplimiento de las sentencias constitucionales se determina la interpretación y desarrollo de los derechos fundamentales y el acercamiento a una democracia sustancial.

La Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y control constitucional[79], en el artículo 21, capítulo I de normas comunes, establece el cumplimiento de las sentencias constitucionales, determinando que el juez empleará todos los medios adecuados y pertinentes para la ejecución de la sentencia o el acuerdo reparatorio, incluso podrá disponer la intervención de la Policía Nacional. En fase de cumplimento el juez podrá expedir autos para ejecutar integralmente la sentencia y evaluar el impacto de las medidas de reparación en las víctimas y sus familiares, de ser necesario podrá modificar las medidas.

Lo importante es que las sentencias constitucionales, por tratar materia en derechos fundamentales deben cumplir con el criterio de efectividad y materialidad, pudiendo realizarse seguimiento por cualquier instancia de protección de derechos o por la Defensoría del Pueblo, debiendo informar periódicamente el alcance de ejecución. Al realizar el seguimiento respecto de la reparación de la vulneración, ésta se archivará únicamente por la ejecución integral de la sentencia.

El cumplimiento de la sentencia constitucional debe considerarse como una de las garantías básicas del Estado, sirviendo como base para el desarrollo de los derechos y su eficacia, pudiéndose implementar políticas públicas que la viabilicen y se logre alcanzar estándares internacionales garantizando derechos fundamentales.

4. Consideraciones finales

El Derecho procesal constitucional incorporado como mecanismo orgánico y funcional en el texto Constitucional, está destinado a resolver el conflicto constitucional y alcanzar la aplicación de la justicia constitucional a través de la reparación integral.

---

79 Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional. Segundo Suplemento del Registro Oficial No.52, 22 de octubre 2009 Normativa: Vigente Última Reforma: Suplemento del Registro Oficial 75, 8-IX-2017.

La supremacía constitucional consolida los mecanismos de los procesos constitucionales estableciendo el orden normativo, los principios/derechos y los limites axiológicos.

La naturaleza jurídica del derecho procesal constitucional desde el ámbito constitucional, lo mira como medio para la realización de la justicia constitucional. Desde el ámbito procesal como mecanismo de protección y seguridad en la correcta aplicación de la normativa constitucional y de los principios de la justicia constitucional. Desde la amalgama constitucional-procesal como derecho subjetivo público constitucional.

La justicia constitucional se integra de los fallos de Corte Constitucional, producto del análisis interpretativo que los dota de sustancia normativa.

El conflicto constitucional obliga el accionar de los procedimientos previstos para restablecer la justicia constitucional, elevando la sentencia del juez constitucional y viabilizando su efectividad a través de fallos interpretativos que consoliden y desarrollen derechos fundamentales.

El derecho procesal constitucional vela por la eficacia de la norma constitucional y la protección efectiva de la Constitución a través del proceso jurisdiccional.

Bibliografía

Alexy Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993 p. 133.

Colombo Campbell, Juan. (2002) en Prólogo fechado diciembre 2002 al libro de Bordali, Andrés, Temas de Derecho Procesal Constitucional, (Santiago Ed. Fallos del mes Universidad Austral de Valdivia p. 4).

Constitución del Ecuador (2008). Art. 86.

Fix-Zamudio, Héctor (2003). "Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Derecho procesal constitucional. Tomo I. Tercera edición (México, D.F. Ed. Porrua), p. 197.

Hernández Valle, Rubén. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Juricentro. San José de Costa rica. 1995. pp. 35-36.

Hernández Valle, Rubén en respuesta a encuesta a García Belaunde, Domingo y Espinosa Saldaña Barrera Eloy (Coords) 2006. Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional (México Ed. Porrua e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional). p. 51.

Hobbes, Elements of Law Natural and Politic, Cambridge, 1928, p. 148. Para más información, véase: Zagrebelsky, Il diritto mite, Torino, 1992.

Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucionales y control constitucional Art. 3, 4, 5.

Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional. Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52, 22 de octubre 2009 Normativa: Vigente Última Reforma: Suplemento del Registro Oficial 75, 8-IX-2017.

Reglamento Sustanciación Procesos Competencia Corte Constitucional del Ecuador. Resolución de la Corte Constitucional. Registro Oficial Suplemento 613 de 22-oct.-2015.

Ríos Lautaro, Elementos fundamentales de la justicia constitucional, Anuario Iberoamericano de justicia constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España, 1997.

Rodríguez Bereijo, "La justicia constitucional en los sistemas contemporáneos, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid, 1997, p. 13.

Rodríguez Manuel, Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho. Una reflexión breve. Universidad de Cadiz. 1999. p. 133.

Rolla, Giancarlo. (2002) Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas Serie Ensayos Jurídicos, Núm. 7 México. p. 158.

Sentencia, núm. 1146 de 1988 de la Corte Costituzionale italiana.

Zagrebelsky Gustavo. (2004) ¿Derecho Procesal constitucional? Y otros ensayos de justicia constitucional. (México D.F. Ed FUNDA p.) pp. 18-19.

Zagrebelsky Gustavo, El Derecho dúctil (1992), Madrid.

LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

AGUSTÍN GRIJALVA
Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador

Escribo este artículo en un momento en que se discute en la Asamblea Nacional la posible destitución de algunos miembros del Consejo de la Judicatura por juicio político. Esta situación no es excepcional, sino parte, lamentablemente, de una vieja historia.

En el Ecuador la clase política, incluyendo a todos los partidos, no se ha comprometido seriamente con la independencia judicial; esa misma clase política, paradójicamente, es una de las principales víctimas de esa falta de independencia.

Sin embargo, a partir de 2019 la Corte Constitucional ha logrado cierta legitimidad en la opinión pública justamente por su independencia. Esta experiencia debería llevarnos a reflexionar tanto sobre la actividad jurisdiccional como sobre las condiciones necesarias para asegurar la independencia judicial.

En este ensayo busco proveer algunos elementos para esta reflexión, la cual debe ser un esfuerzo colectivo y urgente en el país. Aunque me concentro en la Corte Constitucional, algunas de estas reflexiones pueden ser también aplicadas a la justicia ordinaria.

Argumento que la complejidad de la actividad jurisdiccional es un argumento más a favor de la rigurosidad indispensable para la adecuada selección de jueces y juezas, para la rígida exigencia dé estándares éticos y profesionales indispensables para su adecuado ejercicio.

Presento primero algunas reflexiones sobre características esenciales de la actividad jurisdiccional (hermenéutica de la independencia judicial). Paso luego a reconocer los condicionamientos de la Corte Constitucional, especialmente políticos y sociales (política de la independencia judicial). Finalizo con algunas conclusiones en que busco hacer confluir la reflexión teórica y la experiencia práctica de las recientes composiciones de la Corte Constitucional del Ecuador en favor de la independencia judicial.

Hermenéutica de la independencia judicial

La independencia judicial es el fundamento principal de la justicia. Sin embargo, no resulta del todo claro a que nos referimos cuando hablamos de independencia judicial. Este es un concepto altamente complejo, mitificado desde unas perspectivas e ignorado desde otras. Así, por ejemplo, el paleo positivismo jurídico aún muy influyente en nuestro medio, identifica la independencia judicial con un juez totalmente neutral, ideológicamente aséptico, apolítico, pasivo y mecánico en la aplicación de las normas. Es la imagen ideal de juez postulada por Montesquieu en el Espíritu de las Leyes.

Al otro extremo, en particular desde numerosos estudios empíricos de políticas judiciales, se tiende implícitamente a desconocer el rol a la independencia judicial, al reducir la decisión judicial a la expresión de intereses, ideologías o estrategias individuales de jueces y juezas. Este es un enfoque que coincide con ciertas versiones del realismo jurídico.

En realidad, previa a la discusión de si la independencia judicial realmente existe o no, debe al menos delinearse previamente que es lo que se entiende por independencia judicial. Encontraremos entonces, como se dijo, que el concepto mismo de independencia judicial es complejo, y por tanto discutible y discutido.

Y es que el concepto de independencia judicial depende a su vez de la concepción del Derecho a la cual adscribamos. Como decíamos, desde una visión del paleo positivismo el juez sería un mero aplicador de la norma, o más exactamente del texto o disposición jurídica literal. Mientras menos incida el juez o jueza personalmente en esta forma de aplicación de la ley, será mejor juez o jueza, pues debe limitarse mediante un ejercicio silogístico a aplicar las disposiciones normativas a los hechos del caso, y a obtener de allí una sentencia al modo de una conclusión.

Sin embargo, un positivismo más moderno ya identifica que el juez tiene una labor más compleja, trascendente y activa puesto que, como lo planteó Hart, hay con frecuencia en las disposiciones jurídicas zonas de penumbra, términos o enunciados vagos, ambiguos, o genéricos cuyo significado es necesario dilucidar.

Por otro lado, como fue reconocido incluso por Kelsen, no es infrecuente que una misma disposición tenga varias posibles interpretaciones, y es el juez o jueza quien debe seleccionar una de entre las varias interpretaciones posibles atendiendo a criterios jurídicos.

Pero la labor del juez va más allá de esclarecer términos o expresiones normativas o seleccionar y justificar unas interpretaciones sobre otras. Antes de estos

procesos, el juez o jueza realiza una labor activa y compleja no siempre reconocida, y más bien invisibilizada por el paleo positivismo[80].

Y es que es el juez mismo quien en el marco normativo participa en la identificación y elaboración de las posibilidades interpretativas y argumentativas frente a una serie de disposiciones y hechos relativos a un problema jurídico.

Conviene reiterar que el juez o jueza no elabora estas posibilidades interpretativas de la nada, sino en el marco del Derecho positivo vigente y aplicable al caso; de la valoración de los hechos desde las disposiciones normativas, como sucede con ciertos tipos de pruebas; desde la jurisprudencia que ha realizado ya interpretaciones anteriores para resolver el mismo problema jurídico u otros similares; y considerando la doctrina jurídica.

El juez recurre a todos estos materiales normativos, y en particular a los que han aportado junto con sus argumentos las partes en el proceso. Pretensiones y argumentos de las partes a los cuales el juez o jueza está jurídicamente obligado a contestar.

La labor del juez no se agota en la interpretación de información proveniente de las diversas fuentes del Derecho y del proceso jurisdiccional mismo. El juez o jueza debe no solo interpretar sino argumentar sus interpretaciones, es decir debe *motivar sus decisiones*.

Esta tarea de motivación exige un ejercicio lógico de orden y claridad, atención a los hechos relevantes y a las particularidades del caso; y un ejercicio axiológico enmarcado en el Derecho, para buscar las soluciones más razonables, las más equitativas en un contexto concreto.

En suma, la tarea judicial es mucho más compleja de lo que se suele reconocer. El aporte del juez o jueza en la solución de los problemas jurídicos es mucho más activo y significativo que lo que sugiere una mera y mecánica aplicación de la ley[81].

Ahora bien, si el juez tiene este rol activo queda latente el riesgo de un activismo judicial desbocado. El peligro de que no sea la ley definida democráticamente la

80 Para una descripción moderna y clara de las teorías clásicas y de las actuales sobre la interpretación jurídica, ver Squella Narcucci, Agustín. Introducción al Derecho, Santiago de Chile, 2014, capítulo VI.

81 En un texto escrito ya hace varios años reflexioné sobre la dimensión política de la Corte Constitucional. Véase Grijalva, Agustín. Independencia, acceso y legitimidad de la Corte Constitucional, en: Tribunal Constitucional del Ecuador, Un Cambio Ineludible: La Corte Constitucional, Quito, Tribunal Constitucional, 2007.

que se imponga sino los valores, los intereses, incluso el capricho y subjetividad personal de la jueza o juez, al resolver un litigio.

Si el juez es solo un agente de una de las partes, entonces las interpretaciones y argumentaciones serían una mera justificación retórica de decisiones adoptadas subjetivamente por ese juez o jueza. Como lo plantea cierto realismo jurídico, el Derecho llegaría siempre solo al final, cuando la decisión en forma de sentencia está tomada, solo para justificarla retóricamente.

En realidad, el juez o jueza no es ni un mero aplicador de disposiciones jurídicas, ni alguien que pueda o deba decidir lo que arbitrariamente quiera, para usar luego al Derecho como mera justificación de sus apreciaciones subjetivas y voluntad individual.

La jueza o juez tampoco es un ser de otro mundo, aséptico y neutro, desprovisto de ideología, de valores, de intereses, prejuicios y emociones. Todo ello condicionará en algún grado su interpretación de la Constitución y la ley y la valoración de los hechos. Pero su imparcialidad radica en un esfuerzo permanente de objetivación que le exige decidir considerando siempre la integralidad tanto de la normativa pertinente como de la situación fáctica, y lo obliga a argumentar sólidamente sus decisiones.

Si el juez o jueza adopta esta ética profesional llegarán momentos en que no podrá decidir lo que quisiera decidir, pues su voluntad y preferencias chocarán en algún punto con los límites que le impone el rango de interpretaciones y razonamientos jurídicos posibles, las reglas procesales y la fuerza de los hechos.

Bien observada resulta entonces claro que la labor judicial implica con frecuencia algún grado de discrecionalidad interpretativa, pero hay muchos parámetros y límites procesales y sustantivos que enmarcan las decisiones de jueces y juezas.

Estos límites y parámetros permiten reconocer, por ejemplo, cuando el juez o jueza está incurriendo en arbitrariedad al formular su interpretación. El juez decide en medio de un marco altamente reglado, y estas normas que reglan su decisión no pueden ser totalmente ignoradas si el juez o jueza quiere que su decisión sea aceptada y reconocida como jurídica y legítima.

La reglamentación de las actuaciones judiciales llega incluso al punto de su ritualización en el marco del debido proceso. Y es que este debido proceso tiene importancia para que tal proceso sea una discusión abierta, equitativa, racional que aporte a una solución justa del conflicto.

Al otro extremo de un activismo judicial arbitrario y desaforado se encuentra el grave riesgo de incurrir en el formalismo jurídico. El riesgo de que el juez o jueza confunda formalidades sustanciales con otras secundarias y subsanables.

En tal caso el juez o jueza deja de atender a los fines y fondo del proceso para concentrar el foco de su atención desproporcionadamente en asuntos procesales, los cuales tienen importancia variable, pero que desde el formalismo pueden ser vistos todos como igualmente importantes y esenciales.

Por tanto, aquí tiene el juez o jueza una doble tarea: por un lado, preservar el debido proceso y sus garantías, a efectos de crear condiciones adecuadas para encaminarse a la mejor decisión posible. Pero, por otro lado, no incurrir en un formalismo procesal extremo que lo extravíe en relación al análisis del fondo del caso, al fin mismo del proceso, que es generalmente o finalmente la solución de problemas sustanciales de justicia.

Así, el debido proceso es un primer límite, y muy importante, al decisionismo y arbitrariedad judicial. Pero, además, como se ha dicho, hay muchos otros límites: la propia ley, la jurisprudencia y en particular el precedente, la doctrina, la lógica, los hechos y en general las condiciones sociales concretas que se deben considerar al juzgar[82]. Todos estos aspectos también serán objeto de interpretación argumentada por parte del juez o jueza, pero en todos los casos encontrará el juez o jueza también nuevos límites y constreñimientos que no podrá eludir.

Entre estos límites destaca, en mi criterio, el precedente horizontal por su vínculo con el principio estructural de la igualdad. Así, mediante sus propios precedentes, la Corte Constitucional va progresivamente orientando y auto-limitando su discrecionalidad interpretativa para casos similares, así como orientando la interpretación de los jueces constitucionales de garantías.

Si la Corte funciona institucionalmente esta autolimitación debe ir más allá de las diversas composiciones de la Corte. Además, el precedente para desplegar coherentemente su obligatoriedad, debe incluso finalmente obligar a los propios jueces y juezas de la Corte que inicialmente disintieron de la mayoría mediante sus votos salvados.

Como es bien conocido, solamente mediante una motivación reforzada, podrá la Corte alejarse de sus propios precedentes. En tal situación, nuevamente, este estándar más alto de motivación opera como una garantía de su independencia.

82 Perez Luño, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid, Editorial Tecnos, 2005, pág. 264.

En síntesis, la independencia judicial no es ni la mera aplicación pasiva de disposiciones aisladas, ni un campo para la pura arbitrariedad de quien juzga; estas son simplificaciones e incluso distorsiones de lo que constituye una tarea mucho más compleja.

Una noción de independencia judicial la devela como la capacidad y condiciones reales de jueces y juezas individuales, y de cortes o tribunales, para juzgar —esto es interpretar, argumentar y decidir frente a un problema jurídico— sin obstrucciones ni presiones ilegítimas, y guiado primariamente por parámetros normativos y valoraciones de hechos, ambos jurídicamente definidos pero socialmente condicionados.

En efecto, estos límites a la decisión judicial se intensifican en el caso de organismos colegiados, como es el caso de una Corte Constitucional. Si el órgano colegiado está realmente funcionando de forma institucional, es decir analizando los problemas conforme a Derecho, el juez o jueza que realiza la ponencia para consideración del Pleno encontrará en sus colegas un control y límite debidamente razonado para que una ponencia se convierta en sentencia o dictamen.

Por tanto, no creo que sea casual que los más altos tribunales alrededor del mundo sean órganos colegiados deliberativos. El carácter colegiado de un órgano judicial, si los jueces individuales son independientes, tiende a subir los estándares de argumentación y de precisión técnica.

La deliberación de una Corte, en particular, como un ejercicio de discusión y razonamiento colectivo, lleva con frecuencia a la transformación de interpretaciones y argumentaciones iniciales de las juezas y los jueces participantes, incluso dando lugar en ocasiones a nuevas perspectivas, interpretaciones y argumentaciones no formuladas anteriormente de forma individual.

Empero, para que esta dinámica funcione es importante que el juez o jueza sea individualmente independiente; que sea capaz de formar su propio criterio, interpretar la normativa, y someter su interpretación y argumentación al debate de los demás jueces y juezas, a efectos de ratificarlo, transformarlo o cambiarlo, escuchando siempre los argumentos jurídicos a la luz del debate en el Pleno.

La Política de la Independencia Judicial

La reciente experiencia de la Corte Constitucional del Ecuador es un buen caso de estudio al respecto. Esta Corte ha sido históricamente señalada por su falta de independencia; sin embargo, la composición de la Corte designada en

el 2019 logró un importante reconocimiento en la opinión pública como una Corte independiente.

La Corte Constitucional ecuatoriana es una de las primeras cortes constitucionales en América Latina, su origen data de 1945. Sin embargo, su historia institucional ha estado plagada de discontinuidades, crisis, destituciones, corrupción, instrumentalización y deslegitimación.

Debido a su falta de independencia era usual predecir las decisiones primero del Tribunal y luego Corte Constitucional en base a su composición partidista, relegando o ignorando las razones propiamente jurídicas.

Actualmente se puede constatar que tanto en los medios de comunicación como en el foro se busca predecir las decisiones de la actual Corte primordialmente bajo consideraciones jurídicas. Este cambio en cuanto a la percepción de las razones por las que decide la Corte expresa un giro profundo en el desarrollo de esta institución.

El desarrollo de la Corte Constitucional desde 2019 es por tanto un proceso político e institucional que merece mayor atención. Ciertamente, es un proceso en curso y su desarrollo en el tiempo aún es limitado. Sin embargo, el giro adoptado, en mi criterio, podría y debería tener un alcance estructural, y debería servir de referencia para procesos de institucionalización en otras áreas de la justicia.

El principal cambio se refiere justamente a la independencia de la Corte Constitucional. En contraste a la subordinación de la Corte a lógicas corporativas o partidistas, la actual Corte no ha escatimado en fallar por razones jurídicas contra las posiciones de mayorías legislativas (Ley Revas[83]), contra el Presidente de la República (estados de excepción[84]), contra propuestas de gremios y dirigentes políticos[85], e incluso en su momento contra lo que puede ser un importante sector de la opinión pública (matrimonio igualitario[86], aborto por violación).

En cuanto al control de constitucionalidad de la ley se ha producido una suerte de depuración parcial de normas inconstitucionales dictadas durante los gobiernos

83 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 5-19-OP/1, 4 de diciembre de 2019.

84 Por ejemplo: Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 7-20-EE/20 que negó el estado de excepción al considerar que la persistencia de la pandemia era una situación previsible que dejó de ser imprevista o sobreviniente. Otros dictámenes han limitado tiempo, lugares, medidas y restricciones de estados de excepción por la pandemia o por otros motivos como crisis carcelarias e inseguridad.

85 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 7-20-CP/21.

86 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencias No. 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario).

de Correa, relativos a derechos como libertad de expresión, derecho a la seguridad social, debido proceso en materia penal, asociación, entre otros.

Independencia judicial y sociedad

Al no ser los jueces autoridades electas, hay siempre respecto a ellos cierta sospecha sobre el origen y ejercicio de su autoridad. Esta sospecha es especialmente marcada con relación a las Cortes Constitucionales, pues éstas pueden incluso declarar la inconstitucionalidad de normas expedidas por autoridades popularmente electas como son los legisladores, el presidente de la República o las autoridades locales de elección popular.

En efecto, los jueces y juezas corren el riesgo de alejarse de la realidad social, volverse sordos a las realidades y necesidades de la gente, y caer en el formalismo jurídico o incurrir en un activismo arbitrario. Sin embargo, la solución no es convertirse en mero instrumento de las partes o de actores políticos o sociales.

El juez desde su independencia debe escuchar, reflexionar, valorar las voces de la sociedad; debe mediante audiencias, amicus curiae, visitas en situ y mecanismos similares, dialogar no solo con las partes sino con otros actores sociales afectados o interesados en cada tipo de causa, conforme a las posibilidades procesales. Debe así mismo valorar las opiniones expertas plasmadas en peritajes e informes.

En un plano más profundo, el juez constitucional debe ser sensible a las complejidades culturales, sociales y políticas que integran el contexto del caso que resuelve. Para el efecto debe entablar un diálogo formal con quienes concurren al proceso, e informal con la opinión pública. Estas cortes y jueces dialógicas, deliberativas, pueden responder mucho mejor a las necesidades sociales que se planteen en términos jurídicos en un proceso.

De hecho, respecto a las Cortes Constitucionales surge la crítica del llamado constitucionalismo popular en el sentido de que estas cortes vendrían a ser elites de jueces que expropian al pueblo su capacidad de decidir y autogobernarse democráticamente.

Esta crítica es válida para evitar el alejamiento de los jueces constitucionales respecto a la sociedad, pero tampoco debe olvidarse que las cortes constitucionales derivan su autoridad de la propia Constitución, que aunque su legitimidad no proviene de elecciones populares, ésta nace de normas aprobadas por una mayoría constituyente en la carta fundamental.

En tal sentido, si bien las Cortes constitucionales no son electas popularmente, son en cambio designadas en base a mandatos de una Constitución aprobada por el pueblo.

Pero la fuente fundamental de legitimidad de las Cortes constitucionales es la calidad de sus sentencias, el nivel y coherencia de sus interpretaciones y argumentaciones. En el caso ecuatoriano la novedad fundamental es justamente que la actual Corte Constitucional ha logrado un reconocimiento nacional e internacional en ese sentido[87]. También diversos líderes de opinión han destacado tanto su independencia como nivel técnico y sensibilidad social.

Mediante su jurisprudencia, la Corte ha incidido sustancialmente en la actividad legislativa, orientándola para que se encuadre en parámetros constitucionales. En tal sentido se pueden citar casos como los del aborto por violación[88], el uso progresivo de la fuerza[89], o el incremento de remuneraciones y jubilaciones de los profesores.[90]

La defensa de la independencia de la justicia ordinaria

Pero además la Corte Constitucional no solo ha resguardado su propia independencia, sino que ha contribuido a la de las juezas y los jueces ordinarios. Esta contribución se ha expresado en dos temáticas fundamentales: 1) el desarrollo jurisprudencial de las garantías del debido proceso, y 2) la limitación del control disciplinario de los operadores jurídicos.

En cuanto a lo primero, el desarrollo del debido proceso, mediante la acción extraordinaria de protección, la Corte ha desarrollado jurisprudencia sobre los derechos de protección y garantías al debido proceso, y en particular sobre la motivación[91].

Así, por ejemplo, los parámetros de motivación desarrollados por la Corte aseguran a los justiciables que los jueces desplieguen una argumentación básica, sin invadir por ello las competencias propias de los jueces ordinarios. De esta forma

87 Solo para poner un ejemplo, en materia de movilidad humana, la Corte ecuatoriana se va convirtiendo en un referente regional. Sus sentencias durante los dos últimos años han sido reconocidas como las más destacadas en América Latina, por especialistas de alto nivel.

88 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS de 28 de Abril del 2021.

89 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 33-20-IN/21 y acumulados de 5 de Mayo del 2021.

90 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 32-21-IN/22 y acumulado del 21 de Julio del 2022.

91 Para un visión de conjunto ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1158-17-EP/21.

se exige de estos jueces y juezas un mínimo a partir del cual razonar sus fallos, sin entrar propiamente al contenido de los mismos.

Si la independencia es entendida como la capacidad y condiciones para juzgar sin obstrucciones ilegítimas, esta exigencia de motivación con su alcance y límites contribuye a este acto y capacidad de juzgar.

Sin embargo, en lo personal, mantengo dudas sobre los riesgos de la aplicación de estándares idénticos sobre la motivación en justicia ordinaria y en garantías constitucionales. De hecho, la Corte misma ha desarrollado en varios casos estándares específicos de hábeas corpus, habeas data o acceso a la información.

Otro ejemplo en el que se aprecia esta valoración de la independencia de los jueces ordinarios por parte de la Corte hace relación a la casación. Al respecto, la Corte ha ejercido una suerte de auto-restricción a efectos de no invadir las competencias propias de la Corte Nacional.

Sin embargo, no ha dudado en actuar respecto a las sentencias de casación, las correspondientes resoluciones de la Corte Nacional e incluso las normas legales, cuando éstas han sido contrarias a las garantías constitucionales del debido proceso, como ha sucedido en particular en materia de casación penal[92].

En definitiva, aunque la acción extraordinaria consume un tiempo y esfuerzo desproporcionado de la Corte en relación con el resto de sus competencias, no puede dejar de anotarse este aspecto positivo respecto a la constitucionalización del debido proceso en la justicia ordinaria.

Una segunda expresión de la defensa constitucional de la independencia de la justicia ordinaria ha sido la limitación del control disciplinario del Consejo de la Judicatura sobre los operadores de justicia, en particular sobre las juezas y jueces.

Mediante la sentencia del error inexcusable[93], la Corte aisló al ejercicio propiamente jurisdiccional del control disciplinario al exigir la declaración previa por parte de otros jueces o juezas para la calificación de infracciones disciplinarias gravísimas claramente vinculadas a dicho ejercicio jurisdiccional.

Lo que buscó la Corte en esta sentencia es sostener el equilibrio entre independencia y responsabilidad que la propia Constitución establece como marco de actuación de los jueces y otros operadores de justicia.

92 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 8-19-IN y acumulado/21 de 8 de diciembre de 2021, Sentencia No. 1965-18-EP de 17 de noviembre del 2021.

93 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 3-19-CN/20, 29 de julio de 2020.

Posteriormente en otra sentencia, en esa línea de defensa institucional de la independencia, la Corte determinó que la facultad de suspensión de funcionarios judiciales mediante medida cautelar correspondía no al presidente o presidenta del Consejo de la Judicatura sino al Consejo como órgano colegiado[94].

Finalmente, cuando la Corte conoció la demanda de inconstitucionalidad de resoluciones del Consejo de la Judicatura relativa a la evaluación de jueces y conjueces de la Corte Nacional en 2019, declaró que el Consejo de la Judicatura había realizado tal evaluación inobservando los mandatos legales sobre la oportunidad para hacerlo y otras condiciones jurídicas[95].

La independencia de los jueces constitucionales

Dentro de la justicia constitucional éste es sin duda el talón de Aquiles que confronta el país. Al ser los mismos jueces ordinarios los que ejercen competencias de jueces constitucionales para la resolución de la mayoría de garantías constitucionales, no se cuentan con condiciones institucionales adecuadas para su desempeño.

En unos casos estos jueces y juezas tienen ya una sobrecarga procesal debido al número y complejidad de los procesos ordinarios que conocen, con lo cual los procesos constitucionales son vistos como un peso adicional, a veces secundario o marginal. A la falta de tiempo se añade con frecuencia la falta de capacitación en materia constitucional, y de reconocimiento para aquellos jueces y juezas que pese a estas condiciones adversas emiten fallos constitucionales valiosos.

Pero el problema más grave de todos es la injerencia de la política partidista en las decisiones de varios de estos jueces y juezas. El país ha presenciado, especialmente en la resolución de hábeas corpus y acciones de protección, la emisión de sentencias tremendamente defectuosas, inejecutables, que bien pueden ser objeto de sanción por incurrir en dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable.

La solución frente a esta falta de profesionalismo e independencia no puede ser volver a someter las decisiones jurisdiccionales de los jueces y juezas a la revisión de un órgano administrativo-disciplinario, sin jurisdicción ni ordinaria ni constitucional, como es el Consejo de la Judicatura. Es absurdo pretender resolver la falta de independencia en el acto de juzgar, sometiendo a los jueces a otras instancias no jurisdiccionales, es decir coartando la propia independencia.

94 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 10-09-IN y acumulados/22, 12 de enero de 2022.
95 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 37-19-IN/21, 21 de diciembre de 2021.

La corrupción y falta de diligencia de algunos jueces de garantías constitucionales no se puede corregir suprimiendo su independencia mediante un régimen administrativo punitivo. Todo lo contrario, la independencia judicial es la mejor garantía contra la corrupción. Pero esa independencia no es arbitrariedad sino ejercicio de la jurisdicción en el marco de la Constitución, la ley y la ética.

La defensa de la autonomía de la Justicia Indígena

También respecto a la justicia indígena la Corte Constitucional ha contribuido a lo que vendría a ser el equivalente institucional de la independencia, esto es a la autonomía de los diversos sistemas de justicia indígena.

Mediante el desarrollo de una línea jurisprudencial consistente, la Corte ha resguardado la diversidad normativa de los sistemas de justicia indígena. La Corte ha rechazado sendos intentos de homogenización y centralización de los sistemas de justicia indígena mediante la creación de una Corte Nacional Indígena, o mediante un presupuesto, sanciones, autoridades y otras medidas tendientes a su unificación y réplica del Derecho estatal[96].

En esa defensa del pluralismo jurídico, la Corte ha defendido la autonomía de los sistemas jurídicos indígenas en tanto tienen competencias constitucionales para dictar estatutos y en general normas propias[97]. En esa línea ha fortalecido el mecanismo de declinación de competencia en favor de las justicias indígenas[98] y ha desarrollado parámetros de interpretación intercultural[99].

Conclusiones: ¿Qué se puede aprender de la experiencia de la Corte Constitucional?

Cada institución tiene sus especificidades y por tanto sus complejidades. No se puede por tanto generalizar sin medida a partir de la experiencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, quizá sin son útiles algunas puntualizaciones vinculadas con aspectos comunes a todos los jueces y órganos jurisdiccionales, y en particular a las condiciones para su independencia.

96 Ver Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 5-19-RC/19, dictamen No. 9-19-RC/19, Dictamen No. 16-19-CP/20, dictamen No. 6-20-RC/21.

97 Sentencias No. 036-12-IN/20 (caso El Cisne).

98 Sentencias No. 134-13-EP/20 (caso Cokiuve).

99 Sentencias No. 112-14-JH (Caso Waorani).

De la experiencia, en balance positiva, de la Corte Constitucional debe destacarse la importancia del factor humano. El proceso de selección de los jueces y juezas en el 2019 se realizó con bastante profesionalismo y exigencia. El resultado, lo digo por quienes fueron mis colegas, fue un grupo de jueces y juezas con los méritos y ética para desempeñar esa función.

La importancia del factor humano también se confirmó por la posibilidad que hubo en la Corte Constitucional, a partir del 2019, de seleccionar nuevos asesores. Esa selección de asesores y asesoras la hicieron las juezas y jueces también en base a criterios meritocráticos.

Sin embargo, una renovación institucional generalmente no debe comenzar de cero. Es necesario conservar la memoria de la institución, a efectos de mantener sus aspectos positivos y superar los negativos. Por esta razón, dicha selección incluyó también a algunos funcionarios que por su capacidad y ética podían proporcionar esta memoria.

Finalmente, como lo exprese al inicio de este texto, un factor determinante es la voluntad política para establecer y respetar la independencia judicial. El sistema judicial en ningún país está aislado totalmente de las presiones del sistema político.

La clase política incide en la justicia, sea mediante las designaciones de jueces y juezas de altas cortes, o de miembros del Consejo de la Judicatura, o mediante enjuiciamientos políticos, reformas constitucionales o legales.

Si la clase política no se compromete realmente, sino solo en los discursos, con la independencia judicial, ésta será siempre precaria. Paradójicamente, las primeras víctimas de la falta de justicia independiente serán los miembros de los propios partidos políticos, quienes tendrán en los jueces y juezas armas para perseguir a y luego ser perseguidos por sus oponentes, pero nunca justicia.

Sin independencia judicial es imposible garantizar la aplicación de la Constitución y la ley, poner límites a la corrupción, a la violación de derechos constitucionales, y por tanto al ejercicio arbitrario del poder. Bien lo sabemos por experiencia propia. En el Ecuador, por tanto, debemos comenzar a valorar a los políticos por su real compromiso con la independencia judicial. Quienes la hayan comprometido no solo que no merecen ni nuestro voto ni nuestra confianza, sino que constituyen reales y graves amenazas para la democracia y el Estado de Derecho.

EL RÉGIMEN IMPUGNATORIO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CONSTITUCIONALES AUTÓNOMAS. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No. 964-17-EP/22

AB. JOHNNY DE LA PARED DARQUEA (MGS)

Introducción

En estas líneas se profundiza sobre el régimen impugnatorio en las medidas cautelares constitucionales, como una garantía jurisdiccional de la norma fundamental, desde la perspectiva jurisprudencial de la sentencia No. 964-17-EP/22 dictada por la Corte Constitucional.

Las medidas cautelares constitucionales son una garantía jurisdiccional de la Constitución de la República y, en consecuencia, de los múltiples derechos que reconoce a las personas naturales y entes jurídicos. En ese orden de cosas, las medidas cautelares son —asimismo— una expresión del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 75 de la Constitución.

En este sentido, tal como lo señala la Constitución y la Ley, el objeto de las medidas cautelares constitucionales es prevenir o cesar una violación de derechos fundamentales producida por la acción u omisión de un particular o del poder público de forma general. Hay que tener presente Lo interesante es que el procedimiento presenta cambios significativos a los procedimientos ordinarios en materia no penal. En gran medida un procedimiento constitucional de medidas cautelares no requiere un anuncio probatorio obligatorio, requiriéndose únicamente bastando con la verosimilitud de la petición. Adicionalmente, la Corte Constitucional del Ecuador de forma constante ha venido aportando al derecho procesal constitucional que sirven de ruta para quienes somos usuarios de la función judicial.

En este sentido, existen dos clases de medidas cautelares constitucionales: autónomas y conjuntas. En este artículo abordaremos principalmente a las medidas cautelares constitucionales autónomas. Estas medidas tienen dos características que son básicas para el objeto del presente análisis: reformables y/o revocables. Precisamente por estas características es que toda medida cautelar no tienen un carácter definitivo.

Naturaleza Jurídica

La tutela efectiva de los derechos constitucionales es la finalidad principal de las garantías jurisdiccionales como instrumentos jurídicos a través de los cuales se permite ejercitar las acciones para obtener la tutela judicial efectiva y directa de los derechos constitucionales, y en tal medida constituyen un elemento sustancial de la justicia en la esfera constitucional.

Las garantías jurisdiccionales se convierten en instrumentos jurídicos mediante los cuales se persigue una real y efectiva protección de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Tratados internacionales de Derechos Humanos, y generalmente representan un límite a los excesos estatales o abusos particulares. Estas garantías son el resultado del avance del Derecho Constitucional que se refleja en el hecho de que los textos constitucionales han dejado de ser simples catálogos en los que se enuncian derechos y por el contrario han pasado a convertirse en instrumentos de directa e inmediata aplicación, tal como lo sostiene el Doctor Santiago Velásquez en su Manual de Derecho Procesal Consitucional Ecuatoriano.

En tal virtud, las medidas cautelares constitucionales son garantías que se presentan ante los jueces de la Función Judicial, quienes deben actuar como garantes de los derechos fundamentales de las personas. El profesor Jorge Zavala Egas en su libro Teoría y Práctica Procesal Constitucional sostiene que "*las garantías jurisdiccionales de los derechos son: "… los procesos constitucionales que deciden los jueces; son instrumentos jurídicos —tales procesos— que se utilizan para la protección y vigencia plena de los derechos de las personas. Están a disposición de cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad, para que mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, éstas hagan efectivos los derechos de los que son titulares …"*.

Independientemente de su clasificación, hay ciertas características que distinguen plenamente a las medidas cautelares constitucionales, tales como:

- **Instrumentalidad:** Las medidas cautelares no representan en sí mismas el fin último, ya que dependen y se subordinan a la decisión que usualmente se concreta en un proceso principal que en este caso representa una garantía jurisdiccional.

- **Provisionalidad:** Las medidas adoptadas no tienen el carácter definitivo, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional del Ecuador, por lo que se pueden reformar en función de verse alterados

los presupuestos fácticos o jurídicos que causaron inicialmente su admisión.

- **Mutabilidad o flexibilidad:** Las medidas cautelares solicitadas pueden ser reformadas, en cuanto a la importancia del derecho que se intenta proteger; por lo que pueden modificarse, ampliarse y/o revocarse, al establecerse que la misma puede ser o bien limitada o bien exagerada.

- **Inaudita altera parte:** Las medidas cautelares pueden ser adoptadas por el juez constitucional sin la necesidad de notificar previamente a la parte contraria, sin que esta situación constituya violación al derecho de defensa o al debido proceso de la otra parte. Hay que tener en cuenta la finalidad de las medidas cautelares, especialmente en cuanto a la amenaza del derecho. En este punto, es necesario señalar que algunos jueces al inicio del trámite y de forma excepcional, no admiten ni tampoco inadmiten la medida, pues prefieren notificar a la contraparte para luego convocar a una audiencia en la que resolverán la procedencia de las medidas cautelares, en mérito de lo dispuesto en el art. 36 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

- **Urgentes**: Las medidas cautelares constitucionales buscan evitar, cesar la amenaza o violación de los derechos constitucionales ante situaciones de gravedad, por lo que deben ser atendidas de forma inmediata y urgente. La misma Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone en su artículo 29 que *"el juez debe ordenarlas en el tiempo más breve posible dese que recibió la petición"*, en concordancia con el artículo 33, el cual refiere que debe ser admisible *"si se verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en la ley"*.

La Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que: *"Las medidas cautelares pueden ser activadas cuando ocurren tanto amenazas como vulneraciones o violaciones de los derechos constitucionales pero que los efectos en uno u otro caso son distintos. En el primer caso que concurran las amenazas, el objeto es prevenir una posible vulneración de los derechos, evitando que sucedan los hechos que se consideran atentatorios a derechos y en el segundo caso de vulneraciones o violaciones a derechos constitucionales, el objeto es cesar dicha trasgresión"*. (Sentencia de Corte Constitucional No. 034-13-SCN-CC, 2013).

Presupuestos

La doctrina y la jurisprudencia han coincidido en determinar ciertos presupuestos de tipo constitucional para que operen las medidas cautelares autónomas o conjuntas, y en este sentido tenemos los siguientes:

a) Peligro en la demora (periculum in mora);

b) Apariencia del buen derecho (fumus bonis iuris); y,

c) Proporcionalidad

El tratadista ecuatoriano Roberto Villarreal, explica al peligro en la demora" con la siguiente reflexión: *"Las medidas cautelares aplicables al ámbito de los derechos humanos comparten con la concepción clásica los presupuestos de concesión analizados: peligro en la demora, apariencia de buen derecho, adecuación, así el Art. 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece el principio de periculum in mora al señalar que las medidas cautelares cuando los jueces tengan conocimiento de un hecho que de modo inminente y grave amenace con violar un derecho o viole. La urgencia de las circunstancias, provocada por la amenaza o violación inminente de un derecho, hace que cualquier demora resulte peligrosa, por lo que la medida cautelar debe dictarse de maneras inmediata, lo más pronto posible, como dice la Ley. Un proceso común dadas las circunstancias de inminencia y gravedad, no ofrece la protección requerida, ya que su tardanza normal y muchas veces anormal provocaría la afectación definitiva o que persista la violación del derecho."*

Con relación al fumus bonis iuris, el tratadista Mariano Peláez Bardales, ha descrito claramente en su libro El Proceso Cautelar a este requisito con la siguiente reflexión: *"Esta expresión significa apariencia del derecho o verosimilitud de este, y está referida a que la medida cautelar se concede al demandante o actor no porque ostente un derecho indiscutido y pleno sobre el objeto del proceso, sino porque simplemente "prima facie", es decir, preliminarmente su pretensión o derecho invocado parece amparable (…)."*

Al revisar el concepto de proporcionalidad, se debe tener presente que es un principio de orden constitucional, determinado por gran parte de la doctrina como un mecanismo de interpretación que permite en gran medida controlar a los poderes públicos del Estado y de ciertos particulares, al encontrarse estos vinculados constantemente a las actuaciones del Estado. Consecuentemente, la proporcionalidad cumple una doble función: por una parte, siendo un elemento de control del poder estatal y de sus representantes; y, por otra, siendo un mecanismo de interpretación que guía el actuar del operador judicial. El desarrollo del principio de proporcionalidad está orientado a conseguir que los actos y decisiones de la

función pública se encuentren reguladas en el ámbito de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, así como en las finalidades legales y constitucionales.

Tipos de medidas cautelares constitucionales

En nuestro ordenamiento legal existen dos tipos de medidas cautelares constitucionales: la denominada medida cautelar conjunta que se solicita en las garantías jurisdiccionales; y, la autónoma que se presenta de forma independiente a cualquier garantía jurisdiccional. La medida cautelar autónoma está orientada a prevenir la violación de un derecho constitucional, mientras que la medida cautelar conjunta busca interrumpir o cesar la violación de un derecho. Esta diferencia resulta importante al momento de definir cuál de las dos medidas cautelares debo presentar en aras de defender a los derechos de mi representado.

La medida cautelar autónoma constitucional se encuentra dispuesta en el artículo 87 de la Constitución, y su distinción principal es que se sustancia en forma separada de un proceso principal. Las pretensiones generales de este tipo de medidas cautelares son básicamente las siguientes: 1) Cesar la amenaza del derecho constitucional; 2) Evitar que la violación del derecho se ejecute; y, 3) Interrumpir la transgresión del derecho constitucional.

De su lado, la Corte Constitucional ha ratificado que las causales de improcedencia, de acuerdo a la Constitucional, ha dispuesto las siguientes: 1) Cuando existan medidas cautelares administrativas y ordinarias; 2) Para la ejecución de órdenes judiciales; 3) Cuando se interponga con la acción extraordinaria de protección; 4) Declarar derechos o meras expectativas; y, 5) Reparar derechos o por violación de otros derechos constitucionales (Sentencia de Corte Constitucional No. 052-11-SEP-CC).

Partamos ahora del supuesto contrario: se conceden las medidas cautelares. ¿Qué recursos puede interponer la parte afectada por la providencia? Como hemos visto, no hay norma que impida proponer recursos como la aclaración y la ampliación, que por regla general se conceden con efectos suspensivos según el procedimiento civil. Sin embargo, los principios legales que orientan las medidas cautelares constitucionales son la celeridad, la eficacia y la inmediatez (Arts. 29 y 33 LOGJCC). Si estos recursos se concedieren con efecto suspensivo las medidas cautelares constitucionales no podrían cumplir su objeto que es prevenir o cesar eficazmente una violación de derechos fundamentales. En ese sentido, teniendo en cuenta que ni la aclaración ni la ampliación pretenden alterar el sentido de la decisión, opinamos que las medidas cautelares dispuestas judicialmente deben cumplirse de inmediato.

En cuanto a la revocatoria, es posible solicitarla en cualquier momento, es decir, no es un recurso que tenga caducidad procesal. En ese sentido, la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado:

> *"(…) que estas son revocables por causas sobrevinientes que merecen ser justificadas por quien solicita la revocatoria de ellas y razonadas por el juzgador que las adopta (CCE. Sentencia No. 052-11-SEP-CC, 2012, p. 19)."*

Solamente en el caso de que el juez niegue la revocatoria de las medidas cautelares, se podrá apelar en la misma audiencia o en el término de tres días desde que el juez dictó su auto por escrito (Sentencia No. 001-11-SCN-CC de 9 de febrero de 2011). La apelación es tramitada por una sala de la Corte Provincial de Justicia del lugar del juez que conoce la petición de medidas cautelares. Este Tribunal, por otro lado, se determina por sorteo y no necesariamente es el superior regular del juez. Por ejemplo, si las medidas cautelares son resueltas por un juez penal, es perfectamente posible que el tribunal de apelación sea uno especializado en materia civil.

De la decisión del tribunal de apelación no cabe recurso de casación tratándose de jurisdicción constitucional sobre la que la Corte Nacional de Justicia no tiene competencia. Conforme los criterios actuales de la Corte Constitucional, tampoco cabe de esta decisión acción extraordinaria de protección porque el juez de instancia puede, si surgen nuevos hechos o argumentos justificados, revocar la medida cautelar. En ese sentido, no es una decisión definitiva, y se debe tomar en cuenta lo siguiente:

> *"Para que proceda la revocatoria (de las medidas cautelares constitucionales), la institución o persona a quien se haya delegado o las partes, deberán informar a la jueza o juez sobre la ejecución de las medidas". (Art.35 LOGJCC).*

En efecto, la disposición citada inicia mencionando que "*la revocatoria de las medidas cautelares procederá sólo cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos"*. El tenor literal de la ley permite sostener que el informe de cumplimiento por parte del legitimado pasivo es de carácter obligatorio y que sin el mismo la revocatoria puede ser negada de forma liminar. Dicho de otro modo: la ley parece apuntar a que es requisito acatar las medidas cautelares y solo después poder solicitar su revocatoria.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha determinado reiteradamente de forma general que resulta improcedente presentar acciones extraordinarias de protección en contra de decisiones emanadas de medidas cautelares constitucionales, debido a la naturaleza de las mismas, ya que no se refieren a sentencias o autos

definitivos que resuelvan sobre el fondo de la controversia y finalicen el proceso al ser autónomas, temporales y mutables. Las medidas cautelares no conllevan efectos de cosa juzgada material y/o sustancial, consecuentemente no son susceptibles de ser impugnadas generalmente a través de una acción extraordinaria de protección.

En efecto, la acción extraordinaria de protección tiene por objeto garantizar la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, mediante el control que realiza la Corte Constitucional a la actividad de los jueces en su labor jurisdiccional. La revisión del proceso tiene por objeto identificar presuntas violaciones a los derechos, mas no pronunciarse sobre la apreciación respecto de lo correcto o incorrecto de la decisión en relación a los hechos o del derecho ordinario a aplicar.

La Corte Constitucional ha establecido que una decisión causa gravamen irreparable cuando ocasiona una violación de derechos constitucionales que no puede ser remediada a través de otro mecanismo procesal. Asimismo, hay que recordar que ni el otorgamiento de medidas cautelares constitucionales constituyen juzgamiento ni la negativa de su revocatoria tiene efectos de cosa juzgada en su sentido pleno.

Régimen impugnatorio de las medidas cautelares constitucionales

Una de las primeras situaciones que deben ser analizadas es que la Ley ecuatoriana no determina con claridad la naturaleza de las decisiones judiciales que se toman en los procedimientos de medidas cautelares constitucionales. Debemos reconocer que la decisión que toma el juez dentro de este procedimiento no es equivalente a una sentencia y tampoco a un auto de sustanciación. De acuerdo a lo preceptuado por el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), podríamos reconocer que estas decisiones son una especie de autos interlocutorios, esto es, aquella providencia judicial que soluciona temas procesales y que al no ser materia de resolución final podrían afectar los derechos del actor o del demandado.

Independientemente de la calificación o naturaleza de las decisiones judiciales que se adoptan en los procedimientos de medidas cautelares constitucionales, estas deben ser motivadas, tal como lo ha ratificado la Corte Constitucional en la Sentencia No. 034-13-SCN-CC que dice:

> *"c) Para la concesión de las medidas cautelares, autónomas o en conjunto, la jueza o juez constitucional requerirá la verificación previa de los presupuestos previstos en el artículo 27, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley*

> *Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Dicha verificación deberá ser razonable y justificada, la que se expondrá en la resolución que las concede, d) La concesión de medidas cautelares por parte de las juezas y jueces constitucionales debe siempre obedecer al principio de proporcionalidad, reconocido en el artículo 3 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,* ***lo cual deberá formar parte de la motivación de la resolución por medio de la cual estas se otorguen*** *(…)".*

Con relación al régimen de impugnación de un auto de medidas cautelares se debe ratificar lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el evento de que las mismas se concedan o se nieguen, el actor está expresamente impedido de interponer los recursos de revocatoria y de apelación, tal como se encuentra ratificado en la Sentencia No. 002-17-SIN-CC dictada el 8 de febrero de 2017 por la Corte Constitucional. En otras palabras, en el evento de que el juez que conoce las medidas cautelares decida negarlas, el actor no podrá impugnar dicha decisión con ningún recurso procesal y deberá acudir a otras vías en procura de la defensa de sus intereses.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, solo se podrá interponer una revocatoria siempre que las medidas cautelares hayan sido cumplidas, por lo que el antecedente inmediato será que el juez había decidido conceder las medidas solicitadas. En ese orden de ideas, tampoco será procedente que el actor interponga un recurso de revocatoria en contra de la negativa del juez constitucional de conceder las medidas cautelares. Por lo tanto, en el evento de que el actor interponga dicha revocatoria, el juez debe rechazar de inmediato el referido recurso. Eventualmente, en caso de que la solicitud de medidas cautelares sea rechazada, el actor podría interponer aclaración y/o ampliación, teniendo en cuenta que estos recursos no modifican el fondo de la decisión.

¿Qué sucede entonces en el caso de que se concedan las medidas cautelares? Con relación al recurso de revocatoria, podrá ser interpuesto por la contraparte en cualquier momento, es decir, sin que exista un término fatal para su presentación. En este punto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

> *"(...) que estas son revocables por causas sobrevinientes que merecen ser justificadas por quien solicita la revocatoria de ellas y razonadas por el juzgador que las adopta (CCE. Sentencia No. 052-11-SEP-CC, 2012, p. 19)."*

Con base en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el demandado que interpone el recurso de revocatoria deberá demostrar al menos una de las siguientes situaciones:

1. Que se evitó la violación de derechos.

2. Que cesó la violación de derechos.

3. Que cesaron los requisitos previstos en la ley.

4. Que la petición de medidas cautelares no tenía fundamento.

Huelga decir que esta última causal es la que mayormente se invoca para intentar justificar la revocatoria de las medidas cautelares constitucionales. En el evento de que el juez niegue el recurso de revocatoria se podrá interponer oralmente la apelación en la misma audiencia pública que se haya convocado para el efecto, o en el término de tres días contado desde que se notificó por escrito la decisión el juez. Una vez elevados los autos al Superior, se definirá —vía sorteo— la competencia de la sala de la Corte Provincial de Justicia del lugar del juez que trata la solicitud de medidas cautelares. En este sentido, reitero que el recurso de revocatoria y/o el de apelación sólo podrán ser interpuestos por el demandado, y de ninguna forma por el actor.

Mucho se ha criticado la desnaturalización de las garantías jurisdiccionales, y en este sentido hay que recordar que la legislación faculta a los jueces a imponer multas a los abogados de hasta 3 salarios básicos unificados y que podrían conllevar hasta la suspensión temporal del ejercicio profesional, con base en el artículo 336 del Código Orgánico de la Función Judicial. Además, en caso de que exista un abuso del derecho que provoque un daño material o inmaterial, se genera sin duda una responsabilidad extracontractual, ante lo cual se puede iniciar un proceso de daños y perjuicios. Además, la ley no descarta la posibilidad de que exista responsabilidad penal. Aun en la actualidad podemos ser testigos de algunos abogados que presentan más de una demandas idénticas para jugar con la posibilidad de contar con su juez de preferencia.

Sentencia No. 964-17-EP/22

Los hechos que dieron motivo de la sentencia que se analiza iniciaron en junio de 2016 cuando una compañía presentó una petición de medidas cautelares constitucionales en contra de SENAE, alegando que una resolución administrativa

vulneró disposiciones constitucionales que generarían una amenaza al derecho a la seguridad jurídica.

En julio de 2016, un Juez del Trabajo de Guayaquil concedió las medidas cautelares requeridas "por considerarse que sin que exista el trámite previo, se violó el principio constitucional de irretroactividad de la Ley, el derecho a la seguridad jurídica, el de igualdad ante la ley". En consecuencia, dispuso que el SENAE suspenda un proceso coactivo que se seguía en contra de la compañía. Posteriormente, el SENAE solicitó por escrito que se revocaran las medidas cautelares otorgadas.

En septiembre de 2016 el juez resolvió revocar y dejar sin efecto las medidas cautelares concedidas. Ante esta decisión, la compañía actora interpuso recurso de apelación. El juez concedió el recurso de apelación y dispuso que se remita el proceso a la Corte Provincial de Justicia del Guayas. Luego, la Sala de la Corte Provincial avocó conocimiento de la causa y se convocó a audiencia de estrados a fin de que las partes expongan los puntos de su defensa.

Previo a dictar sentencia, la Sala de la Corte Provincial dictó un auto disponiendo la suspensión del proceso coactivo en los siguientes términos *"[…] que de inmediato se envíe el proceso al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina., [sic] a fin de que se interprete la aplicación de las normas de la Decisión 778 de la Comunidad Andina, que han sido alegadas por el actor y demandado."* En tal virtud, se suspendió nuevamente el referido proceso coactivo.

Con base en esta última decisión, el SENAE presentó una acción extraordinaria de protección en contra de la decisión emitida por la Sala de la Corte Provincial que ordenó la remisión del proceso al Tribunal de la CAN.

La Corte Constitucional luego de analizar el auto impugnado sostuvo que el mismo constituía una decisión emitida en el marco de un proceso de medidas cautelares constitucionales, y que no tenía carácter definitivo por cuanto no resolvían el fondo de las pretensiones con autoridad de cosa juzgada material ni constituía un pronunciamiento final sobre la materialidad de las pretensiones que conformaron la litis. Como consecuencia, el auto impugnado, al no constituir prejuzgamiento sobre los derechos supuestamente amenazados y, al haberse emitido en el marco de un mecanismo autónomo, temporal y mutable, no podía considerarse de carácter definitivo.

Sin embargo, la propia Corte, de acuerdo con los términos del precedente establecido en la sentencia No. 1534-14-EP/19, analizó si el auto impugnado —pese a no poner fin al proceso— tenía la potencialidad de generar un gravamen irreparable

y, en consecuencia, podía ser objeto de acción extraordinaria de protección. En sentencia No. 2174-13-EP/20, la Corte estableció que la excepción de gravamen irreparable en la fase de sustanciación aplica cuando se verifique prima facie que el auto impugnado tiene la potencialidad de afectar derechos constitucionales y que no existe otro mecanismo procesal para reparar dicha vulneración. Consecuentemente, la Corte resolvió que el auto impugnado sí podía ser objeto de acción extraordinaria de protección, de manera excepcional, ya que se verificó que ocasionaba gravamen irreparable.

En el caso en análisis, el auto impugnado fue emitido dentro de un proceso de medidas cautelares constitucionales en el que, por medio de resolución el juez de instancia revocó las medidas otorgadas y, ante esa situación, la accionante interpuso recurso de apelación. El artículo 35 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional —relativo al procedimiento para la revocatoria de medidas cautelares— regula la posibilidad de apelar el auto que niega la solicitud de revocatoria, pero no contempla dicho recurso con relación a la decisión judicial que ordena la revocatoria de las medidas. En sentencia No. 1960-14-EP/20, la Corte Constitucional aclaró que "la ley ha determinado al recurso de revocatoria como el mecanismo de impugnación respecto a la concesión de medidas cautelares, y, únicamente sobre la negativa a la revocatoria, la ley determinó la posibilidad de emplear el recurso de apelación".

Por lo expuesto, la Corte determinó que el auto impugnado fue emitido en el marco de un recurso no previsto en la ley, es decir, luego de que el juez concedió el recurso de apelación de la actora, pese a que el artículo 35 de la Ley no contemplaba la posibilidad de interponer recurso de apelación respecto de decisiones que ordenan la revocatoria de medidas cautelares constitucionales. De esta manera, la admisión del recurso de apelación por parte del juez de primera instancia dio paso a la sustanciación de un proceso bajo un recurso procesal inexistente, fuera de un marco previsible y cierto para las partes.

Además, la Corte advirtió que la Sala de segunda instancia suspendió el proceso coactivo —dejándose subsistentes las medidas cautelares constitucionales conferidas por el juez, a pesar de haber sido previamente revocadas— y lo que también resulta grave es que el proceso había permanecido sin sustanciación por muchos años. La suspensión de la causa, además de ordenarse en un proceso inexistente, contravino la naturaleza ágil y efectiva de las medidas cautelares constitucionales.

En este caso, se ratifica que el juez de primera instancia no debió conceder la apelación, así como no correspondía a la Sala de la Corte Provincial proseguir con su tramitación y, dentro del proceso de medidas cautelares constitucionales,

suspender el trámite y elevar en consulta una Decisión a la CAN, cuando la propia Corte ya se había pronunciado sobre su aplicación y vigencia.

La Corte determinó que se violó el derecho a la seguridad jurídica —que conllevó la transgresión de una disposición constitucional—, pues el artículo 35 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prevé la posibilidad de apelar el auto que niega la revocatoria de medidas cautelares, mas no contempla el recurso de apelación respecto de la resolución que resuelve revocarlas.

Por otro lado, la Corte advirtió que la Sala de la Corte Provincial avocó conocimiento de la causa y ordenó la suspensión del proceso coactivo para elevarlo en consulta al Tribunal de la CAN, en el marco de un recurso inexistente en el ordenamiento jurídico y en violación directa del artículo 35 de la Ley antes citada. Esta suspensión del proceso coactivo generó que las medidas cautelares previamente revocadas, subsistan a favor de la actora. Por tanto, la Sala de Corte Provincial ordenó la suspensión del proceso coactivo en el marco de una acción que no constituía un procedimiento de fondo y en contravención a la naturaleza simple, ágil y de única instancia que caracteriza a un procedimiento de medidas cautelares constitucionales.

Ante esta situación, carecía de sentido y fundamento jurídico que la Sala de la Corte Provincial haya ordenado su suspensión y, como resultado, mantuviera vigentes las medidas cautelares constitucionales que previamente se revocaron, en el marco de un proceso de garantías jurisdiccionales de naturaleza ágil y eficaz que no se refiere a los méritos de la controversia, y se atentó contra la esencia de las medidas cautelares constitucionales al suspender el proceso coactivo a fin de solicitar una interpretación prejudicial.

Pero por si esto fuera poco, la propia Corte Constitucional desarrolló dos situaciones en esta sentencia objeto del análisis: por un lado, la debida diligencia; y, por otro lado, el error inexcusable.

La debida diligencia es un principio constitucional propio de la función judicial y que se encuentra atado al artículo 172 de la Constitución que dice: *"las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia"*. Asimismo, se debe recordar que los jueces siempre serán responsables por el perjuicio generado por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.

Igualmente, el error inexcusable de acuerdo a la Sentencia 3-19-CN/20, consiste en *"la equivocación generalmente imputable a un juez o tribunal en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y consistente, en sentido amplio, en una inaceptable interpretación o aplicación de normas jurídicas, o alteración de los hechos referidos a la litis"*.

Con relación a la actuación del juez de la Unidad Judicial en el proceso de medidas cautelares constitucionales, la Corte determinó que al concederse el recurso de apelación interpuesto respecto de la revocatoria de estas medidas, se violó el artículo 35 de la LOGJCC y, en consecuencia, se dio paso a la tramitación del proceso bajo un recurso procesal inexistente. Esta conducta trajo consigo la vulneración del derecho a la seguridad jurídica por cuanto, al aceptar una apelación no prevista en la legislación vigente, el proceso prosiguió en el marco de un recurso inexistente, contraviniéndose el principio constitucional de legalidad y dejándose en estado de incertidumbre a las partes procesales. Por tanto, se declaró el error inexcusable del juez de primera instancia.

En cuanto a la actuación de la Sala, sin perjuicio de que el recurso de apelación había sido admitido a trámite por el juez de primera instancia, correspondía a los jueces de la Corte Provincial devolver la causa y no proseguir con su tramitación. Dado que el recurso de apelación, de conformidad con el artículo 35 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no estaba previsto para el supuesto en análisis, el no avocar conocimiento no hubiese implicado una vulneración del derecho a recurrir. Al contrario, aquella decisión, al ser apegada a la ley, hubiese evitado una afectación grave y dañina a las partes como consecuencia de la actuación judicial errónea que impulsó la continuación del proceso, en el marco de un recurso inexistente. La Corte identificó que, al avocar conocimiento, convocar a audiencia y proseguir con la tramitación de la causa en el marco de una fase procesal inexistente, los jueces de la Corte Provincial incurrieron en error inexcusable.

Además, la Corte reiteró que, al suspender el proceso coactivo para remitirlo en consulta al Tribunal de la CAN, los jueces de Corte Provincial incurrieron en una abierta desnaturalización de las medidas cautelares; y que, no obstante que el referido Tribunal contestó la consulta luego de algunos meses, los jueces de la Sala no se pronunciaron por varios años. Esta situación evidenció una manifiesta negligencia en el actuar de los jueces provinciales que desconoció la naturaleza temporal y revocable de las medidas cautelares constitucionales y, por tanto, se vulneró el derecho a la seguridad jurídica.

Por lo expuesto, debe quedar claro que, en la sustanciación de las medidas cautelares constitucionales, el único que puede interponer recursos de revocatoria y de

apelación es la parte demandada, mas no el actor; y, en el evento de que el actor interponga revocatoria o apelación, el juez deberá rechazarlas de plano, así como en el caso de que la Sala conozca un proceso por apelación, la cual estará obligada en la primera providencia a rechazar el recurso, dado que de no hacerlo incurrirán en error inexcusable, con las consecuencias que tal declaración generará.

Referencias bibliográficas

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 964-17-EP/22 dictada el 22 de junio de 2022, caso 964-17-EP, Jueza ponente: Dra. Daniela Salazar Marín

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 23-13-IS/19, Caso No. 23-13-IS de 20 de agosto de 2019. Jueza ponente: Dra. Karla Andrade Quevedo.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 154-12-EP/19, Caso No. 154-12-EP de 20 de agosto de 2019. Jueza ponente: Dra. Daniela Salazar Marín.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 66-15-JC/19, Caso No. 66-15-JC de 10 de septiembre de 2019. Juez ponente: Dr. Ramiro Ávila Santamaría.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1589-13-EP/19, Caso No. 1589-13-EP, de 28 de octubre de 2019. Jueza ponente: Teresa Nuques Martínez.

Calamandrei, P. (2006). Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Lima: Ara Ediciones.

Cruz Villalón, P. (1992). Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas. Revista española de derecho constitucional.

Velásquez, Santiago. Manual de Derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano. Guayaquil,Editorial Edino, primera edición, 2010.

Zavala Egas, Jorge. Teoría y Práctica Procesal Constitucional. Guayaquil, Editorial Edilex, 2011.

Peláez Bardales, Mariano. El proceso Cautelar, Griley, 3era Edición, Lima, 2010.

Reglamento para la Regulación de la Declaratoria Jurisdiccional Previa en Casos de Dolo, Manifiesta Negligencia o Error Inexcusable dentro de la Jurisdicción Constitucional. Resolución No. 012-CCE-PLE2020. Registro Oficial No. 84 de 13 de octubre de 2020. Artículo 5. 66.

Reglamento para la Regulación de la Declaratoria Jurisdiccional Previa en Casos de Dolo, Manifiesta Negligencia o Error Inexcusable dentro de la Jurisdicción Constitucional. Resolución No. 012-CCE-PLE2020. Registro Oficial No. 84 de 13 de octubre de 2020. Artículo 15.

BREVES NOTAS SOBRE LA DISTINCIÓN CONSTITUCIONALIDAD / LEGALIDAD EN LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES EN ECUADOR[100]

DANNY JOSÉ CEVALLOS C.[101]

I

La Constitución ecuatoriana de 2008 ha recogido en su texto varios de los avances desarrollados tanto en el Derecho internacional de los derechos humanos, como en el Derecho constitucional comparado. En especial, ha positivizado un considerable número de derechos «reconocidos» e interpretados a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Para aplicar y proteger todo ese extenso catálogo de derechos se estableció un sistema de garantías constitucionales que comprende: (i) garantías normativas, (ii) políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana, y (iii) garantías jurisdiccionales. Estas últimas se entienden como el conjunto de procesos judiciales creados para la defensa de los derechos constitucionales, y que se inscriben como parte de la denominada «jurisdicción constitucional». En ese conjunto de garantías jurisdiccionales se ubican algunas acciones procesales ya conocidas previamente en el Derecho constitucional ecuatoriano, como, *v.g.*, *habeas corpus*, *habeas data*, o el acceso a la información pública, y otras que resultaron novedosas, como la *acción de protección* y *la acción extraordinaria de protección*, cuya implementación ha generado algunos problemas tanto teóricos como prácticos.

Si bien esas acciones han resultado novedosas para el ordenamiento jurídico local, estas encuentran su símil en instituciones jurídicas procesales ampliamente desarrolladas en otros países del *civil law*, generalmente bajo la idea común del

---

100 En este breve ensayo intento proyectar sobre el contexto ecuatoriano algunas de las ideas que he expuesto en el artículo titulado *El Amparo de los derechos en el Estado constitucional de Derecho. Notas desde una teoría argumentativa del Derecho*, que está próximo a publicarse en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, en un número especial en homenaje a Manuel Atienza. Dicho artículo, a su vez, expone una síntesis de varios de los temas revisados en mi tesis doctoral *El constitucionalismo jurídico y la institución del amparo*.
Este trabajo se desarrolla dentro del proyecto de investigación «Una teoría postpositivista del Derecho» (DER2017-86643-P), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España, y cofinanciado por el Fondo Social Europeo.

101 E-mail: danny.cevallos@ua.es

amparo.[102] Es el caso, *v.g.*, de las similitudes entre la acción de protección y la acción de tutela colombiana, y el parecido entre la acción extraordinaria de protección y el recurso de amparo español o el alemán. Si se revisan comparativamente y con cierta profundidad el diseño del amparo en todos estos países, más allá de sus obvias diferencias —de diseño, de medios, de resultados, de denominación— es posible encontrar similitudes en el fin, en sus propósitos, pero también —y es lo que aquí interesa— similitudes respecto de patrones de problemas teóricos, que derivan luego en discusiones prácticas.

De todas las posibles discusiones que atraviesan transversalmente a estos diseños de amparo, me interesará aquí repasar sucintamente la discusión sobre la distinción entre constitucionalidad y legalidad ordinaria, y su posible calificación como una distinción innecesaria dentro de los estados constitucionalizados —si de criterios de clasificación procesal se trata—, y proyectar esto, a su vez, al diseño de garantías jurisdiccionales ecuatoriano. En lo que sigue, intentaré enfocar esa discusión sobre el contexto relacionado con la *acción de protección* y de la *acción extraordinaria de protección*, comentando brevemente algo sobre (i) la posible ambigüedad subsidiaria/principal de la acción de protección, sosteniendo la tesis de que esta discusión en cuanto al rol de la acción de protección desde un cierto punto carecerá ya de sentido; y sobre (ii) la distinción constitucionalidad/mera legalidad como parámetro para justificar procesos específicos para la protección de ciertos derechos, sosteniendo la tesis de que aquello finalmente resulta en una falsa oposición, si se lo aborda desde el enfoque argumentativo de los derechos y desde la noción de problema jurídico de un caso.

Un comentario previo: por no ser el propósito de estas notas, no entraré aquí a desarrollar aplicativamente las acciones procesales mencionadas y asumiré que el lector tiene una noción suficiente de ellas. Asimismo, se debe tener presente que las ideas que a continuación se presentan no pretenden ser exhaustivas ni clausurar la discusión con relación a esta temática y todas las aristas que pueden derivarse. Tal como el lector medianamente informado será capaz de percibir, estas notas solo pretenden introducir, a modo de pinceladas iniciales, a la exposición de algunos problemas puntuales y, a su vez, a algunas ideas generales relacionadas con ellos, para que luego puedan ser discutidas y desarrolladas con mayor profundidad y variedad de argumentos —de preferencia de tipo práctico—.

102 Denominación bajo la cual suele agruparse de manera general en el Derecho comparado a las acciones procesales de este tipo (las dirigidas específicamente a la defensa de los derechos constitucionales y/o fundamentales).

II

Según la Constitución ecuatoriana, la *acción de protección* (AP) tiene como finalidad la protección *eficaz* e *inmediata*, a través de un procedimiento *directo*, *sencillo* y *rápido*, de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos que no estén amparados por otra garantía jurisdiccional, ante su vulneración por actos u omisiones de autoridad pública *no judicial*, o de un particular en determinadas circunstancias.[103] Por su parte, la *acción extraordinaria de protección* (EP) tiene la finalidad de proteger los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con énfasis en los relacionados con el debido proceso, ante su vulneración en sentencias o autos definitivos.[104]

Ahora bien, en cuanto la AP, téngase presente que esta procede contra los tipos de actos u omisiones que enumera el artículo 41 de la LOGJCC; a su vez, a modo de establecimiento de excepciones, el artículo 42 *ibidem* especifica los casos en que *no procede* una AP, estableciendo específicamente en su numeral 4 la improcedencia de esta acción cuando el acto cuestionado pueda ser impugnado «vía judicial». La idea inicial sería entonces que si existe un mecanismo judicial que permita impugnar el acto administrativo que lesiona derechos constitucionales, aquel mecanismo debería ser el que se active; sin embargo, a pesar de que exista ese mecanismo, si se demuestra que aquel *no* resulta «adecuado ni eficaz», se justificaría entonces la impugnación del acto lesivo mediante la acción de protección.

De los enunciados normativos de la Constitución y de la ley, se seguiría que la acción de protección procedería, por tanto: (i) o bien cuando no exista procedimiento alguno en la jurisdicción ordinaria mediante el cual poder impugnar el acto u omisión; (ii) o bien cuando, existiendo un mecanismo judicial ordinario, aquel no es *adecuado* ni *eficaz* para proteger el derecho que se acusa vulnerado. Dado alguno de estos dos escenarios, la acción de protección se constituiría entonces como la vía idónea. Este segundo escenario es el que interesará aquí. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los jueces «están en la obligación de verificar que efectivamente la vía judicial es la adecuada y eficaz para conseguir el fin que se persigue al impugnar un determinado acto administrativo, justamente por la diferencia en el objeto y alcance de las distintas acciones». Así, la declaratoria de la existencia de una vía judicial como causal para la improcedencia de una AP deberá ser el resultado de un ejercicio intelectivo del

103 Artículos 88 de la Constitución, y 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

104 Artículos 94 y 437 de la Constitución, y 58 LOGJCC.

juez, «a través del cual se logre descartar que la fundamentación de la acción no es el amparo y protección de derechos constitucionales».[105]

Pero si esto es así, ¿la acción de protección es entonces *una* acción que se activa *solo* ante la inexistencia de otro mecanismo o la ineficacia de uno ya existente; o es *la* acción que debe activarse *siempre* que lo que se reclame sea la tutela de un derecho «constitucional»? Esto conduce hacia la discusión sobre si la acción de protección es una acción subsidiaria o una principal:

Por un lado, la tesis de la acción de protección como acción *subsidiaria* se basa en argumentos como la deferencia a la justicia ordinaria y la idea de no desnaturalizar la jurisdicción constitucional, pues esta acción no buscaría sustituir a los medios judiciales ordinarios. Según esta tesis, la acción de protección solo procederá cuando, existiendo una vía judicial ordinaria para reclamar un determinado derecho constitucional, dicha vía ordinaria no ofrece protección rápida y suficiente para un derecho específico en un contexto concreto, procediendo la acción de protección —la jurisdicción constitucional— como la vía que suple las falencias de la vía ordinaria. Esto implicará, consecuentemente, que el caso será atendido y resuelto de forma sumaria y más rápida que por la vía ordinaria. Desde esta tesis, lo determinante parecería ser la urgencia y agilidad por proteger a la persona y sus derechos. En tal sentido, se mira hacia la posible faceta constitucional de los derechos en juego y sus consecuencias, a pesar de que sea posible reconocer una faceta legal que también existiría dentro del caso, y que era la inicialmente tutelable vía ordinaria.

Por otra parte, la tesis de la acción de protección como acción *principal* se basa en la idea de que la vía para la protección de los derechos constitucionales es precisamente la acción de protección como proceso constitucional, pues en esto radica justamente la diferencia entre el objeto y alcance de esta acción frente a una acción ordinaria: los derechos constitucionales. En otras palabras, si lo que se persigue es tutelar los derechos constitucionales, entonces necesariamente la acción de protección —la jurisdicción constitucional— *es* el mecanismo al que debe acudirse para esa finalidad. No se trata, pues, de que la jurisdicción constitucional deba ser deferente con la jurisdicción ordinaria para evitar superposiciones, sino que cada una debe conocer sobre su materia; y si se trata de materia constitucional, la acción de protección es la idónea, siendo los procesos ordinarios idóneos solo para la protección de la legalidad. Sin embargo, es cierto que el juez no puede rechazar de plano la admisión a trámite de una AP alegando que se trate de cuestiones reguladas por la legalidad ordinaria y sus procesos, sino que deberá analizar y justificar debidamente si el caso en concreto se trata

105 Corte Constitucional de Ecuador, sentencia 283-14-EP/19.

efectivamente de una vulneración de derechos constitucionales que habilite la vía constitucional.

Por tanto, qué es legal y qué es constitucional, a efectos de viabilizar una acción de protección, parece quedar a la fundamentación de cada juez ordinario investido de juez constitucional, caso a caso. No obstante, en este punto resultaría interesante plantearse el escenario siguiente: en un caso específico, la Corte Constitucional ha afirmado, *v.g.*, que la vía adecuada era en efecto la AP por existir multiplicidad de derechos que no habrían sido considerados al diseñarse la vía contenciosa administrativa,[106] pero ¿qué sucede si luego aquella vía ordinaria es rediseñada de forma tal que, ahora sí, tenga en cuenta todos los derechos que la Corte Constitucional observó: la acción de protección dejaría de ser la vía adecuada para este tipo de reclamaciones —pues la ordinaria califica ya como una vía eficaz—, a pesar de que se siga tratando de derechos constitucionales?

III

Revisados ya algunos argumentos sobre la discusión subsidiaria/principal, lo relevante parece estar entonces en la discusión previa sobre la distinción entre asuntos de «constitucionalidad» y de «mera legalidad» o «legalidad ordinaria», a efectos de establecer (justificar) los mecanismos de protección.

Tratándose de una AP, determinar que el caso se refiere a derechos constitucionales —para ejercer un control de constitucionalidad— implica poder acceder a una vía procesal de defensa de derechos sumaria, específica y no ordinaria. En el caso de la acción extraordinaria de protección sucede algo parecido: determinar que el caso se refiere a derechos constitucionales implica decidir que una demanda de EP debe ser conocida y, por tanto, que procede activar un control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional; lo contrario, es decir, determinar que no se trata de vulneraciones constitucionales (aunque existan vulneraciones a la legalidad ordinaria) implicaría la inadmisibilidad de la demanda de EP. Además, tratándose de EP contra decisiones tomadas por la jurisdicción ordinaria, la distinción constitucionalidad/legalidad suele operar también como el parámetro —límite— para fijar hasta dónde puede/debe inmiscuirse y reparar derechos la Corte Constitucional, con relación a la decisión ordinaria de fondo que constitucionalmente está controlando.

Uno de los cuestionamientos que suele repetirse con respecto a los diseños de amparo en el Derecho comparado, es que son los propios diseños los que facilitarían

106 *Vid.*, Corte Constitucional de Ecuador, sentencia 3-19-JP/20, párrafo 202.

la «constitucionalización» de cuestiones de «legalidad ordinaria». El diseño ecuatoriano no sería la excepción; al contrario, este problema se acentuaría más ante la coexistencia de procesos de garantías jurisdiccionales tanto «concentrados» como «difusos». Las diversas configuraciones posibilitarían un uso abusivo de esos procesos, pues la dificultad para delimitar claramente los derechos que pueden ser objeto de protección por estas vías —su faceta o contenido—, generaría la posibilidad de que argumentativamente —y, no pocas veces, espuriamente— se intente «constitucionalizar» lo «legal», ya sea para conseguir una decisión más rápida que acudiendo a la vía ordinaria —como con la AP—, o para conseguir una revisión extraordinaria de una decisión ya tomada por la justicia ordinaria —como con la EP—. A su vez, esto desencadenaría un volumen excesivo de este tipo de acciones, y la consiguiente sobrecarga de trabajo en juzgados, tribunales, y de la propia Corte Constitucional.

La reacción frente a este tipo de problemas suele ser la implementación de criterios cada vez más restrictivos para la admisión a trámite de las demandas, lo que, a su vez, termina generando problemas de *infra* o *supra* inclusión de casos. Dado este escenario, lo determinante es, tal perece, reconocer cuáles son los derechos «protegibles» y en qué contextos. Esto resulta un poco más complicado en diseños como el ecuatoriano donde mediante estas acciones se protegen todos los derechos constitucionales y humanos, lo que abriría un amplio espacio para «maniobrar» argumentativamente el caso desde «algún» derecho de ese tipo. Ahora, es cierto que el propio ordenamiento establece herramientas para sancionar el abuso del Derecho, pero en la práctica el porcentaje de sanciones impuestas suele ser considerablemente reducido frente al número de demandas interpuestas y no admitidas, pues la mayoría de las demandas suelen ser inadmitidas por errores conceptuales, por estar técnicamente mal o insuficientemente fundadas, pero no por abusivas. Esto, se insiste, en razón a la amplitud argumentativa con la que pueden intentarse las demandas al tener estas acciones un objeto muy amplio.

IV

La cuestión de la distinción legalidad/constitucionalidad, y la consecuente discusión acerca de las competencias y procedimientos —qué jueces (ordinarios o constitucionales) y qué jurisdicción (ordinaria o constitucional)—, cobra así principal importancia. Ahora, si bien esta cuestión podría ser abordada desde varios

enfoques teóricos, me limitaré aquí a comentar brevemente dos razonamientos traídos desde el constitucionalismo jurídico (postpositivismo):[107]

Dos rasgos de las normas constitucionales que generalmente suelen contraponerse frente a las normas legales: la *propiedad de la rigidez*, y la *propiedad de la apertura regulativa*, que aluden, en su orden, a la dificultad para cambiar el texto constitucional, y a la sobreabundancia de conceptos valorativos en los textos constitucionales.[108] Ahora bien, en efecto estas propiedades permiten distinguir la *forma constitucional* de la *forma legal*, y hablar así de «lo constitucional» y «lo legal» en cuanto enunciados jurídicos; pero esto, debe insistirse, solo en ese sentido y no en el sentido de dividir artificiosamente los problemas jurídicos —como casos judiciales— como si de dos realidades distintas, en dos mundos diferentes se tratara. La función que cumple esta distinción es guiar la interpretación y uso de los elementos valorativos y lógicos presentes en un determinado enunciado, permitiendo diferenciar entre tipos de enunciados jurídicos según sus propiedades estructurales y su jerarquía en el ordenamiento para su aplicación, pero no más.

Es cierto que en los ordenamientos constitucionalizados el material jurídico aplicable a cada caso se encuentra permeado por la Constitución, y que las argumentaciones judiciales en último término se apoyan en normas constitucionales; pero esto no significa que todo sea —se transforme necesariamente en— materia constitucional. Esto, porque no es lo mismo *tener que* interpretar y aplicar directamente normas de la Constitución, a tener que aplicar las normas legales *conforme a* la Constitución. Dependiendo de los escenarios, un caso en concreto bien podría tratarse de problemas jurídicos que involucren alguna faceta de derechos contenidos en la Constitución, pero cuya solución esté debidamente regulada en normas legales —infraconstitucionales— que resuelvan de manera satisfactoria el caso, es decir, protegiendo de forma suficiente los derechos involucrados; en otros casos, vistos todos sus elementos, podría estar justificado que el juez ordinario tenga que ir más allá de la regla que *prima facie* resolvía el caso, y entrar a decidir con base en principios y ponderaciones, siendo que en estos casos (los *difíciles*) estos jueces deberán argumentar solventemente la necesidad de realizar nuevas ponderaciones y no acudir a —no aplicar— las ya realizadas —*v.g.*, por

107 Aunque no lo abordaré aquí, vale mencionar que uno de los temas más relevantes es cómo evitar los problemas de *sobre-* o de *infra-* constitucionalización, construyendo una constitucionalización *adecuada* mediante la dogmática de los márgenes de acción (estructural y epistémico) y determinando el orden marco que representa la Constitución. *Vid*., Alexy, 2003. No hay que olvidar que estas reflexiones se enmarcan dentro del fenómeno —y los efectos— de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos. *Vid*., Guastini, R., 2016.

108 Lo que genera que la regulación constitucional, y por tanto, el nivel de deliberación valorativa que exige la aplicación de normas constitucionales, sea mucho más abierto que el de la aplicación de las leyes. *Vid*. Aguiló, J., 2012: 240, 241.

el legislador o en la jurisprudencia de la Corte Constitucional—, debiendo escalar así en la jerarquía de normas para decidir el caso desde la Constitución. Por su parte, en cuanto a la Corte Constitucional, por antonomasia su materia jurídica primaria son las normas constitucionales y serán estas las que interpretará y aplicará, pero esto, claro está, no significa que para resolver debidamente los casos la Corte no pueda entrar a aplicar normas legales y realizar operaciones interpretativas del resto del ordenamiento jurídico.

Bien entendido, el control de la constitucionalidad de los actos u omisiones del poder es una tarea compartida por todas las jurisdicciones. Cada jurisdicción, cada juez, va configurando y justificando su margen de acción y de alcance en materia de protección de los derechos reconocidos en la Constitución, siempre dentro de los límites institucionales, de autoridad y de competencia a los que cada juez está constreñido de acuerdo con su ubicación institucional. Esto, porque el material jurídico pertinente y las propiedades relevantes para solucionar un caso en concreto pueden estar dispersas por todo el ordenamiento, sea con forma de principios o de reglas, y a su vez «irradiados» por el marco de valores de la Constitución.

Por otra parte, si se entiende a la argumentación constitucional como aquella dirigida a justificar procesos de interpretación, aplicación y desarrollo de la Constitución, que se basa en premisas que serían enunciados de principio y que se aplica ponderativamente, entonces la diferencia entre la argumentación llevada a cabo por la Corte Constitucional y la efectuada por los tribunales ordinarios no puede ser una diferencia cualitativa, al apoyarse en último término cualquier argumentación judicial de carácter justificativo en premisas constitucionales (Atienza, 2007: 141, 142 y 168). Si esto es así, la argumentación constitucional está presente y es viable en todas las jurisdicciones y no solo en la constitucional, aunque ciertamente su intensidad y frecuencia no sea la misma en todas las jurisdicciones. En este punto —siguiendo aquí a Atienza—, si se consideran los elementos formales y materiales de la argumentación, es posible percatarse de que no puede haber diferencias significativas en cuanto a la forma de justificación de la decisión de un caso difícil por parte de los tribunales ordinarios y de los constitucionales, siendo que los elementos distintivos tendrán que ver, más bien, con cuestiones de tipo institucional, de competencia, y de autoridad (pp. 168, 169).

En suma, lo que hay que tener claro es que en los estados constitucionalizados la idea de la tutela de derechos se ha expandido y todos los jueces son, en algún sentido, jueces de protección de derechos constitucionales. La distinción constitucionalidad/legalidad como argumento para intentar justificar vías distintas para la protección de derechos reconocidos en la Constitución, implicaría una

oposición superflua que pretende separar innecesariamente en dos categorías a una sola realidad. Lo que se sigue de esto es que esa distinción —recuérdese: en cuanto criterio para justificar vías específicas de protección de derechos— no es, por tanto, una distinción necesaria de tipo teórico.[109] Las razones para decantarse por la implementación de un proceso autónomo y específico de protección de determinados derechos y revestido de singulares características, y la determinación de qué derechos serán los «amparables» mediante esa vía procesal, son entonces razones de carácter político, de necesidad práctica, funcional, y condicionadas por factores contextuales como la realidad judicial, social, entre otras, de cada país que decide establecerlo. Esto es lo que debe estar claro al momento de pretender analizar la estructura y evaluar los resultados de esas instituciones procesales en cada ordenamiento.

V

Retomando la cuestión del rol principal o subsidiario de la AP, parecería ahora más claro que esta acción se erigiría como un tipo de acción procesal pensada en una actividad supletoria, que reconoce la irradiación de la Constitución en todo el ordenamiento y actúa solo ante la ineficacia de un proceso judicial ordinario para la protección de derechos constitucionales. Esta lectura parecería ser sistemáticamente la más coherente frente a la lectura de una AP como proceso principal, pues esta última implicaría el reconocimiento de lo «constitucional» como algo distinto, separado del resto del material jurídico a la hora de solucionar casos, lo que haría algo de ruido si se lo considera desde el artículo 1 de la Constitución —la conocida declaración de Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia—.

Sin embargo, si se lo revisa detenidamente, lo que la AP estaría cumpliendo en realidad no es un papel propiamente subsidiario, sino que estaría cumpliendo una función de amparo de urgencia de los derechos y con potestad de resolución de fondo —y en ese sentido, no se superpone a las acciones meramente cautelares—. La relevancia no estaría entonces en si se trata de la protección subsidiaria de derechos constitucionales —pues prácticamente todo derecho desarrollado en normas infraconstitucional podría encontrar también algún anclaje argumentativo constitucional—, sino en la necesidad de proteger de forma urgente el núcleo

109 El ordenamiento jurídico italiano, *v.g.*, no contempla ningún proceso judicial extraordinario o específico de jurisdicción constitucional para la protección de derechos fundamentales, al modo del amparo o de las acciones o recursos similares existentes en otros países del *civil law*. Esta tarea, se entiende, es lo que realizan normalmente tanto los jueces ordinarios como la Corte Constitucional italiana al ejercer cotidianamente cada una de sus competencias.

indisponible de los derechos —esto es, el contenido de los derechos que no está en discusión— ante una vulneración insoportable.

La que sí parecería jugar un papel más subsidiario sería la EP, que cumpliría una función de amparo de interpretación. Mediante esta acción, lo que se busca es que la Corte Constitucional corrija las falencias en las que los jueces de la función ordinaria habrían incurrido en cuanto tutela y aseguramiento de derechos constitucionales, bien dentro de acciones ordinarias, bien dentro de otras acciones constitucionales. Así, se espera que la Corte Constitucional interprete y dote de contenido y alcance, o aclare los contextos de aplicación, de los derechos constitucionales que habrían sido erróneamente aplicados —u omitidos— en el caso concreto.

Tal como está estructurada, la EP parecería resultar parasitaria de la distinción constitucionalidad/legalidad, debiendo la Corte entrar a pronunciarse solo sobre las cuestiones que entienda como constitucionales, aunque no quede claro si entender algo como «constitucional», para estos propósitos, remite a un criterio clasificatorio o a un tipo de problema específico. Lo cierto es que, tal como está diseñada, la EP cumple funciones, por un lado, de protección de derechos subjetivos, con lo cual —aunque la jurisprudencia constitucional se empeñe en sostener lo contrario— la línea para no entender y tratar a la EP como una «nueva instancia» es prácticamente muy delgada, o hasta difusa, solapándose así fácilmente cuestiones relacionadas tanto con la Constitución como con las leyes —en el sentido de tener que revisar en el caso concreto tanto interpretaciones y aplicaciones directas de la Constitución, como interpretaciones y aplicación de normas infraconstitucionales «conforme a» la Constitución—; y, por otro lado, cumple funciones de Derecho objetivo, lo que se aproximaría más a las funciones de un Tribunal Constitucional unificador de criterios y de establecimiento de precedentes, que deja a cargo de la jurisdicción ordinaria la protección de los derechos subjetivos.

En esa línea, vale mencionar que en el caso ecuatoriano, aquella función de Derecho objetivo es una tarea difícil de llevar a cabo de forma plena y satisfactoria, mientras la Corte no goce de una competencia discrecional para la selección de casos para desarrollar precedentes, y que la libere de la carga y tiempo que implica el tener que conocer y pronunciarse obligatoriamente sobre todas las solicitudes de EP.

VI

Si se toma en consideración los fines del Estado constitucional de Derecho, la centralidad que los derechos implican en este modelo, y los efectos del proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, entonces ciertamente lo «constitucional» —lo dispuesto en la Constitución— cobra prioridad frente a lo «legal» —lo dispuesto en las leyes—. Pero lo medular aquí es tener claro que, tratándose de casos judiciales donde se solicita la protección de derechos, aunque se trate de un derecho en efecto mencionado en la Constitución, su faceta o el contenido específico relacionado con las circunstancias del caso concreto no necesariamente estará desarrollado desde la Constitución; es decir, la dimensión regulativa de dicho derecho bien podrá estar dispersa entre normas constitucionales y legales, con propiedades estructurales variadas y, por tanto, interpretables y aplicables de acuerdo con la técnica jurídica que corresponda a esas propiedades relevantes. La reconstrucción del derecho específico y de la delimitación de su alcance dentro de las características del caso, será el resultado de justificaciones argumentativas que suelen ir más allá de la sola posición jerárquica del enunciado jurídico que contiene el derecho.

A medida que el proceso de constitucionalización va avanzando y se va afianzando en los ordenamientos, los procesos judiciales dirigidos hacia la protección de urgencia van quedando encargados a la jurisdicción ordinaria, pues los procesos ordinarios van «naturalizado» y absorbiendo como parte de sus funciones la protección de la Constitución y de los derechos en ella contenidos. Esto es precisamente lo que debería suceder con el diseño ecuatoriano: una vez que el proceso de constitucionalización del ordenamiento haya avanzado lo suficiente como para impregnar todos los procesos judiciales, la función que cumple la AP debería quedar asimilada dentro de los propios procesos ordinarios que ya deberían estar adaptados para esa función, quedando así la protección de lo «constitucional» ya incorporada en la justicia ordinaria. En tales términos, todos los jueces se encargarán de impartir justicia constitucional en sentido amplio, quedando reservada la idea de jurisdicción constitucional solo para las competencias directamente ejercidas por la Corte Constitucional.

Una de las claves para entender todo lo anterior es cambiar el enfoque desde la noción de sistema hacia la noción de problema, a la hora de abordar un caso —esto es lo que intenta precisamente el estilo de redacción de sentencias que se basa en la formulación de problemas jurídicos a modo de preguntas—. No se trata, pues, de abordar un caso judicial como si de antemano existieran problemas de «legalidad» o de «constitucionalidad» como moldes previamente concebidos en los que se tenga que hacer encajar el caso concreto para poder decidirlo, sino de

delimitar claramente el contexto y sus particularidades, y reconocer con alguna precisión el problema jurídico relevante, para abordarlo desde las normas jurídicas que se adecúen de mejor forma y resuelvan de la manera más satisfactoria el caso. Claro está, que una vez identificado el material jurídico relevante para el caso, este deberá ser interpretado y aplicado teniendo en cuenta sus rasgos y propiedades estructurales.

Si se lleva a cabo una adecuada constitucionalización del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la discusión sobre si la AP es una acción principal o subsidiariedad termina careciendo de sentido; la necesidad práctica de la propia AP termina diluyéndose, y la distinción legal/constitucional no es más una razón para justificar un proceso específico, pues no se trata ya de forzar a una distinción innecesaria que pretenda separar a un solo problema en dos realidades jurídicas. Lo que importa es la jurisdicción de los derechos, la que, a su vez, estará compuesta por una confluencia de componentes de normatividad legal y constitucional. Esto derivará también en que la EP cobre relevancia no como instancia final de protección de derechos constitucionales, sino solo como mecanismo de supervisión, de unificación de criterios y creación de precedentes, pues las funciones de tutela y corrección en cuanto a la protección de derechos —la función subjetiva— estará ya ejercida satisfactoriamente —se espera— por la función judicial y sus respectivas instancias y recursos.

En definitiva, en una posición algo parecida a cuando se critica al populismo legislativo, insistiéndose en que muchas veces no es necesario emitir nuevas leyes sino que bastaría con que se ajusten y se apliquen efectivamente las que ya existen, asimismo, no se trataría aquí de crear más procedimientos especiales y complejos, que separen más las cosas con oposiciones inoficiosas —como si «constitucionalidad» y «legalidad» se trataran de sustancias que se repelen—, sino de reestructurar genuinamente los procesos judiciales ordinarios y preparar a todos los jueces para que se hagan cargo efectivamente de la tarea de protección de la Constitución y de los derechos en ella reconocidos, como parte del ejercicio diario de sus competencias. Se trata, pues, de que las jurisdicciones se vayan acercando conforme al ideal regulativo del Estado constitucional. Al final, lo que es necesario para el funcionamiento del Estado constitucional es el reconocimiento de derechos y la existencia de jueces ordinarios que los protejan mediante garantías judiciales; los tribunales y cortes constitucionales, en tal sentido, son instituciones —dicho en sentido amplio— solo contingentes.

Bibliografía

Aguiló Regla, J. (2012). «Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 35, 235-258. DOI: https://doi.org/10.14198/DOXA2012.35.11

Atienza, M. (2007). «Argumentación y Constitución», en *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel.

Alexy, R. (2003). «Derecho Constitucional y Derecho Ordinario - Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinaria», en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Carlos Bernal Pulido (trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cevallos, D.J. (2022). *El constitucionalismo jurídico y la institución del amparo*. Tesis doctoral. Universidad de Alicante.

Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

GESTIÓN PÚBLICA Y CONTROL INTERNO

DRA. MIRIAM M. IVANEGA[110]

I. Gestión pública

Referirse a gestión pública es aludir a un ámbito de límites poco precisos, realidad que también se presenta al indagar la noción de control.

El término gestión pública se introdujo en las últimas décadas, como una forma de identificar a la Administración Pública. Nacida en un contexto diferente al derecho público, se sigue debatiendo si se trata de un campo autónomo de estudio o de una suma de investigaciones pasajeras[111].

Así por ejemplo, uno de los enfoques científicos se encuentra en la "escuela de las políticas públicas", que a partir de la complejidad creciente del Estado y de la Administración se preocupó por aprehender una realidad compleja, difusa y multifacética.

Más allá de esos políticas, las realidades económica, social, política e incluso los avances tecnológicos a partir de mediados del siglo XX, marcaron la configuración de un aparato gubernamental diferente con una creciente incidencia de la sociedad en los asuntos públicos. Ello generó una serie de estudios sobre la gestión y la gerencia pública en los cuales el enfoque parte de entender, analizar y describir un sistema de redes de dependencias gubernamentales, si interrelación con el usuario, el manejo los recursos públicos, la redefinición de sus misiones, etc.[112].

En definitiva, como anticipamos, los orígenes de la gestión pública tienen contornos indefinidos, pues se trata de un término y de las disciplinas que la estudian, resultaron producto de una evolución institucional, más que de un desarrollo intelectual. De ahí entonces que como campo de estudio se haya considerado que su surgimiento no solo se presenta en el ámbito de las escuelas de políticas

110 Doctora en derecho y ciencias sociales. Magíster en derecho administrativo. Miembro fundador del Foro Iberoamericano de derecho administrativo y de la Asociación Internacional de derecho administrativo. Directora de la Maestría en derecho administrativo de la Universidad Austral. Profesora de universidades públicas y privadas. Autora de libros y artículos sobre temas de derecho público.

111 En ese sentido, ver Cabrero Mendoza Enrique, Estudio Introductorio en la Gestión Pública su situación actual, Coord.: Barry Bozeman, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp. 19/36.

112 Ibidem.

públicas, pues la gestión ha sido objeto de examen por las escuelas comerciales. Así, se presentan dos versiones de gestión pública, que en cierta forma se han entendido como rivales[113].

La utilización de las denominaciones "gerencia" y "gestión" públicas encuentran base en estos enfoque. Con "gerencia" se identificó el estudio de las escuelas de negocio, que recuperan los conceptos básicos de la administración de empresas y son menos rigurosas para distinguir las esferas pública y privada. En cambio, la noción de "gestión pública" es utilizada por las escuelas de políticas públicas.

Ahora bien, como estos criterios surgieron en Estados Unidos de América su base pragmática se encuentra en la organización gubernamental de aquel país, aspecto que incidió en el contenido y objetivos de las nuevas disciplinas[114].

Tales apreciaciones no son menores, si se pretende transpolar tales estudios a las realidades latinoamericana, ámbito en los que los problemas de la gestión pública son ciertamente diferentes de las que transcurren en su país de origen.

En estas latitudes, la gestión pública y todo lo que ella involucra (modalidades, reformas, consecuencias) originariamente fue objeto principal de los programas y proyectos de organismos internacionales. Pero con posterioridad, tal término se masificó formando parte de Constituciones, leyes y reglamentos.

La preocupación por sus implicancias y la necesidad de entender que se pretendía con los nuevos sistemas de gestión, llego hasta el dictado de documentos internacionales, conteniendo objetivos y propuestas, dos de ellas son la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, adoptada por la XVIII Cumbre Iberoamericana, El Salvador, octubre de 2008 y la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, aprobada por el Consejo Directivo, Caracas, octubre de 2013.

La primera de las Cartas se inscribe en la propuesta de adecuar el funcionamiento de las Administraciones Públicas, para garantizar que sean instrumentos útiles, efectivos y confiables al servicio de las sociedades.

Allí se vincula la calidad en la gestión pública con dos propósitos fundamentales de un buen gobierno democrático*: 1. debe estar referenciada a la satisfacción del ciudadano, ya sea como usuario o beneficiario de servicios y programas públicos, o*

113 Bozeman Barry, Introducción: dos conceptos de gestión pública en la Gestión Pública su situación actual, Coord.: Barry Bozeman, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp. 37/48. Ver Ivanega Miriam M., El Control Público, Ed. ASTREA-RAP, Buenos Aires, en prensa.

114 Cabrero Mendoza Enrique, op.cit., pp. 29/32.

como legítimo participante en el proceso formulación, ejecución y control de las políticas públicas bajo el principio de corresponsabilidad social; 2. tiene que orientarse para resultados, por lo que debe sujetarse a diversos controles sobre sus acciones, suponiendo entre otras modalidades la responsabilización del ejercicio de la autoridad pública por medio del control social y rendición periódica de cuentas.

La Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del ciudadano en relación a la Administración, incluyó principios y criterios con fundamento en las Cartas anteriores vinculadas a la gestión pública y define a la "buena administración", como un derecho fundamental y por ende arraigado en la dignidad del hombre.

Respecto a este último instrumento, vale aclarar que la importancia de analizar, mejorar y evaluar la acción de la Administración Pública y los métodos por ella aplicados, no puede llevar a confusión respecto del rol que tienen los otros poderes del Estado. Una simple lectura de los principios y objetivos que caracterizan una gestión pública con calidad, llevan a confirmar que estamos frente a exigencias de todo el Estado.

En efecto, los tres poderes estatales en el marco de sus competencias, deben propender al cumplimiento de los principios que permitan la satisfacción de los derechos del ciudadano, y que hagan posible la participación, la rendición de cuentas, la igualdad, la transparencia, etc. *Si bien la gestión directa está a cargo de la Administración, el marco constitucional y legal que delimitan sus acciones, y el control judicial sobre éstas, conforman un sistema integrado*[115].

En síntesis, referirse a la gestión pública moderna es referirse a los elementos que la componen e influyen, en particular los relativos a la eficiencia, eficacia, la participación ciudadana, la rendición de cuentas, etc.

Por último, cabe aludir a la llamada "gestión por resultados", modelo que propone la administración de los recursos públicos centrándose en el cumplimiento de las acciones estratégicas definidas en el plan de gobierno, durante un período de tiempo determinado[116]. Implica una administración de las organizaciones públicas, focalizada en la evaluación del cumplimiento de acciones estratégicas definidas en aquel plan. En ese contexto, este modelo incentiva una fuerte descentralización en la toma de decisiones de gestión, para que la Administración Pública pueda responder a las demandas sociales eficazmente, sin renunciar a la transparencia de la gestión. Este sistema se ha implementado en diversos países,

115 Ivanega Miriam M., op.cit.

116 Makon Marcos P. El modelo de gestión por resultados el modelo de gestión por resultados en los organismos de la en los organismos de la administración pública nacional, V Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, República Dominicana, 2000.

con el principal objetivo de incrementar la eficacia y el impacto de las políticas del sector público aumentando la responsabilización de los funcionarios por los resultados de su gestión.

II. El control público

Ya hemos sostenido que el control no puede ser enmarcado en una definición que comprenda todas sus manifestaciones, aunque sí podemos afirmar que hay dos particularidades comunes a todas sus variables: 1) implica acción (no hay control "por omisión") y 2) será esencial determinar prioritariamente el *parámetro* contra el cual se va a controlar.

En la diversidad que presenta, encontramos controles judiciales, legislativos, administrativos, previos, preventivos, concomitantes, posteriores, interno, externo, de legalidad, de gestión, contable, presupuestario, social, de la opinión pública, etc. Una amplia gama de competencias, procedimientos, controladores, controlados y de "objetos" de control.

A eso se suma el paralelismo con otras figuras como la responsabilidad de los funcionarios públicos, cuyo vínculo no autoriza, a nuestro entender, a identificarlos. Tampoco es equiparable con el concepto de sanción ni con el de rendición de cuentas, realidades separables y que presuponen objetivos diversos.

Pero más allá de las clasificaciones, lo cierto es que el control no puede apartarse del marco del *bien común,* entendido en términos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Corte IDH), como "un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos (…) de ninguna manera podrían invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de su contenido real (…). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones estrictamente ceñidas a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención"[117].

En esa línea argumental, el control "genera información"; la que cumple un doble cometido: es un insumo fundamental para poder ejercer tal función, y su principal producto o efecto.

117 Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A Nº 5, párrafos 66 y 67.

Entre otras consecuencias, tal información debe ser puesta a disposición de otros organismos de control, de los controlados y esencialmente de la sociedad.

He aquí el principal justificativo para enfrentar ciertos mitos sobre su ejercicio, que desvirtúan los medios y fines constitucionales. La confusión entre las especies y modelos que presenta, las ideológicas con las que pretende enmarcarlo, el desconocimiento acerca de los fines que deben perseguir, los temores por las consecuencias que pueden derivarse de él, son algunas de las causas de tales creencias[118].

III. El control interno

1. Principales características

En más de una ocasión se escucharon críticas al control interno, basadas principalmente en la dependencia que existe entre el controlado y controlante.

Sin embargo, tal particularidad no configura en sí misma la "mala reputación" que aquel tiene; creemos que se trata de una especie de control trascendental en el funcionamiento de toda organización, por la función preventiva que cumple.

Dado la multiplicidad de modalidades que puede adoptar, lo identificaremos como aquel que se ejerce *desde adentro de la organización controlada.*

Este criterio permite incluir tanto al control que se inserta en la misma gestión como al que practican determinados órganos o entes especializados.

El eje sobre el cual gira, está dado por la idea de que conforma una cultura dentro de la organización, con la pretensión del mejoramiento continuo, previendo los riesgos, obstáculos, y hasta posibles incumplimientos de las normas. Ello, sin perjuicio de las diversas variantes que presenta su ejercicio: previo, concomitante, posterior; mediante técnicas de intervención preventivas, dictámenes, informes, observaciones legales, etc.

De esto se deduce que no todo control interno tiene como objetivo la gestión, aun cuando pueda tener incidencia en ésta; por ejemplo el que ejerce el servicio jurídico de los organismos, las asesorías especiales o las comisiones evaluadoras de las contrataciones públicas, que en el marco de un procedimiento administrativo,

118 Ampliar en Ivanega Miriam M., El control público, Editorial ASTREA-RAP, en prensa.

practican un control interno de legalidad que contribuirá a detectar y prevenir irregularidades administrativas.

Las Normas Generales de Control Interno para el Sector Público Nacional, aprobadas por la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) en el año 2014 (que receptan las directivas del Informe COSO-2013 —que reemplazó al creado en 1992[119]—) caracteriza al control interno como un proceso integrado a los procesos básicos de planificación, ejecución y supervisión, y no a un conjunto de mecanismos burocráticos añadidos a los mismos, efectuado por el consejo de la administración, la dirección y el resto del personal de una entidad, diseñado con el objeto de proporcionar una garantía razonable para el logro de objetivos incluidos en las siguientes categorías:

- Eficacia y eficiencia de las operaciones
- Confiabilidad de la información financiera.
- Cumplimiento de las leyes, reglamentos y políticas.

Este enfoque desplaza la idea del control interno contable, para ubicarse en un plano integrador, aglutinante de todas las modalidades de control interno.

Configurado como un proceso, presupone:

- Que se trata de un medio para alcanzar un fin y no un fin en sí mismo.
- Es ejercido por las personas que actúan en todos los niveles, no se trata solamente de manuales de organización y procedimientos.
- Sólo puede aportar un grado de seguridad razonable, no la seguridad total, a la conducción.
- Está pensado para facilitar la consecución de objetivos en una o más de las categorías señaladas las que, al mismo tiempo, suelen tener puntos en común.

119 La Treadway Commission, National Commission on Fraudulent Financial Reporting creó en 1985, un grupo de trabajo bajo la sigla COSO (COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS). El grupo estaba constituido por representantes de las siguientes organizaciones de American Accounting Association, American Institute of Certified Public Accountants, Financia lExecutive Institute, Institute of Internal Auditors e Institute of Management Accountants.

El logro de sus objetivos se alcanza mediante la conformación de cinco componentes interrelacionados, que serán los mismos para todas las organizaciones (públicas o privadas):

1. Ambiente de control: son los valores y filosofía de la organización y tiene influencia directa en el personal y su visión respecto al control.

2. Evaluación de riesgos: consiste en la identificación y el análisis de los riesgos relevantes para el logro de los objetivos de la organización; ello tiene utilidad para determinar la forma en que aquellos deben ser gestionados.

3. Actividades de control: son las acciones, políticas, normas y procedimientos que permiten a la dirección manejar y afrontar los riesgos identificados.

4. Información y comunicación: constituyen los medios y sistemas mediante los cuales el personal de la entidad capta e intercambia la información necesaria para desarrollar, gestionar y controlar sus operaciones.

5. Supervisión y monitoreo: es un proceso para verificar el desarrollo y desempeño del sistema de control interno en el transcurso del tiempo. Es decir, evalúa la calidad del control interno en el tiempo.

En cada uno de estos componentes, se consagran principios (diecisiete en total) que constituyen reales guías para su ejercicio, reflejando que puede ser llevado a cabo en forma previa, concomitante y posterior.

La Ley 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control regula el control interno del Poder Ejecutivo, sin desconocer las reglas generales que incluye y que son aplicables a todos los poderes del Estado, quienes deben implementar mecanismos y crear órganos para cumplir con tales funciones.

El régimen permite que quien resulte responsable de la toma de decisiones en los organismos públicos, cuente con información veraz, oportuna y confiable sobre la gestión administrativa.

Como síntesis del modelo que aplica, podemos decir que se trata de un sistema en la ley es complejo: hay un control interno que denominamos "en sentido estricto", uno ejercido por órganos con competencia específica ubicados en cada jurisdicción o entidad (Unidades de Auditoría Interna —UAI—) y otro que practica el órgano rector del sistema (SIGEN).

Es decir, por un lado, el responsable de mantener un adecuado sistema de control es la autoridad superior de cada jurisdicción o entidad dependiente del Poder Ejecutivo nacional, debiendo incluir los instrumentos de control previo y posterior incorporados en el plan de organización y en los reglamentos y manuales de procedimiento de cada organismo y la auditoría interna[120].

A su vez, las UAI creadas en cada jurisdicción y entes del Poder Ejecutivo nacional y dependientes jerárquicamente de la autoridad superior de cada organismo, tienen a su cargo el examen posterior de las actividades financieras y administrativas de éstos, bajo la supervisión y coordinación técnica de la SIGEN.

Ésta en su carácter de órgano rector tiene tres funciones básicas: normativa, de supervisión y coordinación; las ejerce dictando normas de control interno, supervisando la auditoria interna y las estructuras de control interno de los organismos, —sin perjuicio de que puede ejecutar por sí auditorias integrales e integradas— y coordina técnicamente la actuación de las UAI.

El modelo de control que tiene a su cargo es caracterizado como integral e integrado, al abarcar los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión; y porque forma parte de los procedimientos que se establezcan para la toma de decisiones[121].

La ley instituye principalmente el mecanismo denominado "auditoría". Ésta en el ámbito interno es "un servicio a toda la organización consistente en un examen posterior de las actividades financieras y administrativas de las entidades a que hace referencia esta ley, realizada por los auditores integrantes de las unidades de auditoría interna. Las funciones y actividades de estos auditores internos deben mantenerse desligadas de las operaciones sujetas a su examen"[122].

Reiteramos que se está ante un sistema de control interno compuesto de instrumentos de control previo (no intervención previa) y posterior, que se incorporan en el plan de organización y en los manuales de procedimientos de cada organismo, y a la auditoría interna.

La eliminación de la figura de intervención previa fue puesta de manifiesto en el mensaje del Poder Ejecutivo correspondiente al proyecto de la Ley Nº 24.156. Allí se señaló que, "no se compadece con los modernos esquemas de administración financiera en el sector público la práctica del "control previo" por instituciones

120 Conf. Artículo 101º.
121 Conf. Artículo 103º.
122 Conf. Artículo 102º.

exógenas al propio organismo o repartición pública, como lo era el Tribunal de Cuentas de la Nación, que lo ejercía bajo figuras específicas como la observación legal o el intervenido conforme, entre otras.

2. Apuntes sobre el control de gestión

El tema abordado, justifica una referencia al control de gestión —tanto interno como externo— especie que constituye una de las manifestaciones de control más importantes de estas últimas décadas.

Superada la tendencia a efectuar controles formales, esta modalidad permitió a los organismos competentes introducirse en la verificación y análisis de fines y objetivos.

Dado que la gestión pública, como alternativa de Administración Pública, alude a la capacidad de manejar variados problemas, contrarrestando las diferentes eventualidades, su control comprende la economía, eficiencia y eficacia.

Aplicado al control interno, la modalidad aquí comentada contribuye a la toma de decisiones de quienes dirigen la organización, ya que obtienen información cierta para corregir los desvíos y falencias una vez detectados.

Cabe recordar que control y gestión constituyen funciones esenciales de toda administración "...cualquiera sea su grado de complejidad, nuevas técnicas en gestión y en control no hacen sino repetir las mismas caras de una sola moneda, la de generar recursos para aplicarlos en forma regular y con la mayor eficacia, introduciendo el control para que así sea..."[123].

Todo ello implica un análisis permanente para evaluar si se desarrolló una gestión adecuada.

De ahí la importancia del control de gestión que, en un sentido amplio, incluye no solamente las conocidas *3 E* sino *5 E*: economía, eficacia, eficiencia, entorno, equidad[124]. En ese sentido, este control necesita que se matice entre lo que hay que hacer y cómo hacerlo, exigiendo objetivos claros así como un conjunto de sistemas idóneos para desarrollar las acciones.

---

123 Rodriguez Héctor C. y Vetulle Rubén A., El control público moderno, en Antología Revista OLACEFS, México 1997.

124 FauraLlimós Daniel, La auditoría pública, Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo, Nro. 12, Gasteiz, 1997.

3. Hacia un control interno eficiente y eficaz

Ahora bien, más allá de los sistemas normativos y retomando las críticas a la que suele estar sometido esta especie, resultan importante destacar las condiciones que debe reunir para poder cumplir, en tiempo y forma, con los objetivos que lo justifican.

A. El primero se vincula con la *transparencia*, principio que no se ubica fuera de él como un fin que le es externo, sino que lo informa y le da sentido.

El control público dejó de constituir un ámbito cerrado, reservado a unos pocos sujetos controlados y/o controlantes; se trata de una garantía democrática. La transparencia no solo involucra la publicidad de los informes, resoluciones, disposiciones, también se expande hacia los efectos de tal control.

En tales términos —y siendo prácticos— una vez aplicados los procedimientos de control interno, detectadas las fallas, los desvíos, las irregularidades, caben transparentar las acciones posteriores que el controlado aplica para corregir aquellas deficiencias. De lo contrario el control interno se convierte en una alegoría.

B. La segunda condición ineludible es que debe tratarse de un control ético.

Ello implica, exigencias específicas respecto a las conductas de quienes controlan y los requisitos a cumplir por todos los que tienen funciones en tal materia, quienes deberán evitar situaciones de conflictos de intereses y cumplir las normas que obligan a todo agente público (además de las propias de su institución).

Pero también un control ético, es referirse a un control que no se desvía de sus objetivos, ni oculta fines espurios.

Ya no resulta posible analizar la aplicación de principios éticos exclusivamente a la función pública, toda organización exige el cumplimiento de valores que configuran una ética corporativa.

Estos aspectos han sido suficientemente considerados por entidades profesionales vinculadas con el control, de la mayoría de los países y por asociaciones internacionales[125], así como por los Colegios e Instituciones profesionales que han dictado Códigos y regímenes especiales que regulan normas de conducta éticas de sus asociados.

125 Por ejemplo por el INTOSAI, que aprobó el Código de Ética-ISSAI 30.

Una sistematización interesante de la actuación ética del profesional, es aquella que entiende que —como otras personas— aquél debe orientar su actuación hacia el bien; respetar al prójimo y las normas que debe cumplir. A su vez, en relación con las personas que contrataron sus servicios o los utilizan, debe preocuparse por una prestación cuidadosa, responsable y eficaz y discreción en el manejo de la información que obtiene en sus tareas[126].

Las citadas Normas Generales de Control Interno para el Sector Público Nacional de la SIGEN también prevén un abanico de normas con principios, definiciones y guías de actuación en el control interno (Ambiente de Control[127]).

Se tratan de reglas aplicadas a la propia organización. El primer aspecto que se prevé, está vinculado con la necesidad de definir y comunicar apropiadamente todos los agentes de la organización, los valores y los códigos de conducta. Se expresa que "las autoridades superiores deben procurar la internalización de los valores, difundirlos y propiciar actividades de capacitación al respecto".

La importancia de estas consignas radica, a nuestro entender, en el compromiso que deben asumir las autoridades en la implementación de sistemas para informar y concientizar al personal sobre tales valores. Ésta es, en sí misma, una regla de ética pues presupone que el superior debe "dar el ejemplo" de las conductas que exige a los agentes.

Advertimos que tales directivas son independientes de las normas específicas que se aplican a los empleados públicos (en el ámbito nacional, la Ley 25.188, el Decreto No. 214/2006 —Convenio Colectivo de Trabajo para la Administración Pública Nacional— y el Decreto No. 41/1999 Código de Ética de la Función Pública) y por supuesto de las Convenciones Interamericana y de las Naciones Unidas contra la corrupción.

En síntesis, el agente público que controla (en el caso internamente) debe cumplir con las exigencias éticas como profesional, funcionario y también con las vinculadas a la actividad específica que desarrolla.

---

126 Fowler Newton Enrique, Tratado de auditoría, 4ta. Edición, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 238.

127 Este componente: *se encuentra constituido por el conjunto de procesos, estándares y estructuras que proveen la base para la ejecución del control interno en la organización. El establecimiento de un ambiente de control, coadyuva a estimular e influenciar el desempeño del personal de la organización con respecto al cumplimiento de los objetivos del control interno. Abarca desde el estilo y conductas de las autoridades en la implantación del control interno, hasta la definición de las expectativas organizacionales respecto de los valores y estándares de conducta del personal.*

C. Otro de los requisitos esenciales es el de la *independencia*, que a nuestro criterio va unido a otra exigencia: la *idoneidad*.

Partimos de entender que las paradojas e incertidumbres que suelen plantearse respecto a la independencia en la relación controlado-controlador, encuentran una principal vía de interpretación en el principio de transparencia.

Sobre todas las modalidades en mayor o menor medida, pesa la duda acerca de la "dependencia", incluso sobre el control judicial**.** Por lo tanto, ninguna de las especies está exenta de cuestionamientos sobre la influencia que se ejerce sobre quienes controlan. Pero, es indiscutible que el control interno es el más afectado por tales incertidumbres.

Es a consecuencia de ello que interpretar y valorar el grado de independencia obliga a remitirse a aquel principio.

Depender implica estar subordinado, sujeto a algo o alguien, aunque la "no dependencia" en términos de control se relaciona con la imparcialidad, la integridad, la objetividad, la neutralidad y por supuesto con la ética.

Sentadas estas bases, uno de los factores que salvaguarda a quien controla de posibles influencias, es su propia capacitación, la idoneidad y la aplicación de criterios científicos y técnicos en sus funciones.

En tal sentido, las Normas Generales de Control Interno para el Sector Público Nacional, aprobados en el año 2013 por la SIGEN, prevén que la organización debe disponer de políticas y procedimientos apropiados para la gestión del capital humano, los que "deben contemplar la incorporación de personal, el desarrollo de carrera, la evaluación y los mecanismos de motivación para retener personal competente. En todas estas fases del proceso de gestión del capital humano, deben tenerse en consideración los objetivos de la organización. La gestión del capital humano debe contemplar la capacitación del personal, apuntando al desarrollo de las competencias necesarias para los distintos puestos de trabajo, de modo de contribuir con el logro de los objetivos organizacionales. Estas actividades de capacitación deben reforzar asimismo, los valores y códigos de conducta de la organización...".

En esa línea, también cabe citar a la Resolución 17/2006, del Síndico General de la Nación, mediante la cual se aprobó el "Perfil del Auditor Interno Titular" y que entre sus disposiciones se establece que la SIGEN tiene que emitir opinión técnica previa a la designación de los auditores internos, los que deberán acreditar estudios y experiencia.

En síntesis, ética, independencia e idoneidad conforman un bloque inescindible que preserva al propio control de ser invadido por factores ajenos a sus objetivos.

En tal sentido y retomando lo expuesto párrafos anteriores, estamos convencidos que *idoneidad sin ética, es sinónimo de corrupción y que ética sin idoneidad es signo de inoperancia y también de corrupción, en la medida que quien ejerce una función sabe que no cuenta con los conocimientos suficientes.*

D. El control interno también debe ser cons*tructivo y educativo.* Si bien es una condición predicable de todas las manifestaciones del control, en el tipo que aquí abordamos adquiere un perfil particular.

Esta función, debe construir nexos entre el "deber ser" y el "ser", sin que ello pueda confundirse con la ausencia de independencia.

Se trata de un vínculo técnico-profesional que, sin renunciar a sus objetivos, contribuya a mejorar la gestión. Se trata de colaborar para corregir conductas, y obtener la articulación deinstrumentos y procedimientos que ayuden a lograr una actuación pública ajustada al contexto constitucional y legal.

La creencia de que sólo el control del que se derivan castigos es útil, es producto del desconocimiento de la organización, su estructura y funcionamiento.

Conclusiones

Una parte significativa de las falencias en la gestión —que se traducen en el cumplimiento deficiente de las competencias, con el consecuente perjuicio para la sociedad— se origina en la inexistencia o irregular implementación del control interno.

Variadas deficiencias en el funcionamiento de los organismos públicos, demoras en las tramitaciones, irregularidades en los procedimientos administrativos, insatisfacción de demandas sociales, podrían evitarse o por lo menos prevenirse, si el control interno actuara como retroalimentador de las políticas públicas.

En tal sentido, las consecuencias de esta realidad devienen en obstáculos para la satisfacción de los derechos del individuo.

La gestión pública, es mucho más que un objeto de estudio, es la acción misma del Estado en la que deben hacerse presente desde la participación ciudadana hasta la garantía del debido proceso.

Sus variados instrumentos forman un engranaje que debe ser evaluado internamente, para evitar su paralización.

Bajo estos argumentos, uno de los elementos a considerar es el presupuesto, pues en él se cristaliza la relación política-administración. Se trata de una herramienta de gestión, y de control, que traduce el cumplimiento de los objetivos económicos y sociales de un país.

Con esa perspectiva, el tema recurrente que convoca a políticos y técnicos es el referente al gasto público,referencia obligada a la hora de establecer los parámetros de equilibrio entre el deber de satisfacer los derechos y la afectación de recursos públicos, aspecto que siempre implicará una elección y en el que se evalúan restricciones presupuestarias y necesidades a cubrir[128].

¿En este punto es importante recordar a Peter Häberle y su pregunta acerca de si los derechos fundamentales deben darse "...sólo en la medida de la capacidad de prestaciones económicas del Estado, o el Estado debe ser prestacional en la medida en que reseñan sus derechos fundamentales?»[129]

Como hemos sostenido, desde esta óptica es necesario superar el *Estado de derecho presupuestario*, en el cual los derechos se supeditan a que: "el gasto que demandan se encuentre presupuestado".

Los procesos de formulación y ejecución presupuestaria resultan esenciales en términos del gasto público, por ser un claro indicador de la actividad desplegada por el Estado para cumplir con sus fines y satisfacer los imperativos constitucionales.

La gestión que se despliegue durante la ejecución presupuestaria, será determinante para verificar el cumplimiento de los mandatos constitucionales.

De esta forma, la atención por parte del Estado de las necesidades públicas mediante el gasto, presupone dos valoraciones previas: a) la selección de esas necesidades, aspecto variable y ligado a la concepción sobre el rol del Estado, b) la comparación entre la intensidad y urgencia de esas necesidades y la posibilidad material de satisfacerlas.

---

128 Conforme al artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*".

129 Häberle Peter Los derechos fundamentales en el Estado de Bienestar, en Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta, Edit.Tecnos, Madrid, 2002, p. 212.

Por ello, coincidimos con el criterio que sentara la CSJN en el año 2011[130], al alejarse —sin perjuicio de la valiosa interpretación de los derechos fundamentales involucrados en el caso— de los estereotipos que consideran al presupuesto en términos parciales, pues lo ubica como un verdadero instrumento de gestión en el contexto del Estado de Derecho actual.

Como bien expresó, ello no implica que la autoridad estatal "tenga obligaciones más allá de sus reales capacidades económicas, ni tampoco que las limitaciones de recursos no deban ser tenidas en cuenta al momento de determinar el alcance de sus deberes, pero sí implica que aquél debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes, y no el afectado que ve sus derechos insatisfechos"[131].

Estos argumentos son también los que deben predicarse del control interno, el que no puede ser relegado a un segundo plano; por el contrario, su ejercicio deba encontrarse a la altura de las circunstancias: el gestor público ha de mirar el verdadero horizonte al cual deben dirigirse sus acciones.

Una interpretación equilibrada de derechos y facultades —de forma tal que las limitaciones estatales a los derechos individuales se ciñan estrictamente a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática"[132]— obliga a que el control se ubique en un lugar privilegiado, como herramienta para preservar dicha ecuanimidad.

130 CSJN Fallos 335:452.

131 Considerando 14.

132 En ese sentido ver la Opinión Consultiva Corte Interamericana dh-oc-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrafos 66 y 67 cidh.

LA DETENCIÓN CON FINES INVESTIGATIVOS: ANÁLISIS DE SU APLICACIÓN EN EL MARCO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

"Si la interpretación de las leyes es un mal, es evidentemente otro mal la oscuridad que arrastra consigo necesariamente la interpretación, y lo será muy grande si las leyes están escritas en una lengua extraña al pueblo, que lo sitúe bajo la dependencia de unos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismos cuál puede ser la suerte de su libertad o de sus miembros; en una lengua que haga de un libro solemne y público otro casi privado y doméstico" (BECCARIA, 2005)

KLEBER DAVID SIGUENCIA SUÁREZ[133]

Palabras claves: Detención-Derecho a la Libertad-Debido Proceso Penal-Medidas Cautelares.

I. Introducción

El principio de legalidad se ha consagrado como el pilar fundamental del derecho penal que, a lo largo de los siglos se ha constituido con como el elemento axiológico que limita el derecho a castigar. Sin lugar a dudas, dentro del ámbito normativo, el respeto a la legalidad constituye una de las garantías más importantes del debido proceso penal. Aquello, no sólo desde la óptica del derecho penal, sino también como eje central en donde descansa todo el ordenamiento jurídico de un Estado, a la luz de la Constitución. El límite impuesto por el legislador dentro del marco legal, precisamente porque es necesario establecer un marco normativo que respete la *estricta legalidad* que propone como una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatoria, las convenciones penales referidas a personas y, por tanto, con carácter constitutivo antes que regulativo. (FERRAJOLI, 2014).

133 Abogado.
Penalista.
Magíster en Derecho Constitucional.
Doctorando Phd por la Universidad de Buenos Aires.
Docente Universitario UCSG.

Es indispensable establecer que dentro del marco de un Estado Social de Derechos y de Justicia[134], no se puede permitir que se ejecuten acciones —so pretexto de cumplir con la Ley— abusando de las facultades conferidas a los operadores de justicia en contra de los ciudadanos. Recordemos pues, que existen principios constitucionales, además del principio de legalidad, que constituyen un blindaje para las personas con el objetivo de evitar que se vulneren sus derechos.

La seguridad jurídica[135] es otro de los pilares fundamentales sobre los cuales se estructura el modelo garantista que ha inspirado a la Constitución de Montecristi y por irradiación constitucional, debería, ser el norte hacia donde se dirigen las actuaciones de los poderes del Estado, en fiel cumplimiento con la Ley.

Dentro de un ordenamiento jurídico donde la premisa principal es el respecto a los derechos y principios, resulta inconcebible que se realicen interpretaciones arbitrarias para conseguir —a toda costa— un determinado fin. Aquello constituiría un desconocimiento total de los fines que persigue el Estado constitucional. Así pues, resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de Constitución rígida, [que] se caracteriza por una doble artificialidad: es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del *positivismo jurídico* , sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del Estado constitucional de derecho (…) (FERRAJOLI, DERECHOS Y GARANTÍAS, 2009).

A decir de FERRAJOLI, el constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir el principio de mera legalidad como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado en con la confirmación de lo que podemos llamar principio de estricta legalidad. (FERRAJOLI, DERECHOS Y GARANTÍAS, 2009, pág. 66).

---

134 Constitución de la República del Ecuador. Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

135 Constitución de la República del Ecuador. Art. 82.- 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.

En mérito de dicho análisis, es importante destacar que, el Estado tiene como deber primordial, garantizar el goce y ejercicio de los derechos, pero también, es obligación imperativa del Estado *hacer respetar los derechos y principios* consagrados en la Constitución. En el caso ecuatoriano, es importante tener claramente identificado el artículo 11, que fija los principios que rigen el ejercicio de los derechos, que determina como uno de ellos en el numeral 9, párrafo primero, que, "El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. (HERNÁNDEZ TERÁN, MIGUEL, 2011).

Al amparo de lo destacado *ut supra,* resulta oportuno recordar que, todos los servidores y funcionarios públicos, están en obligación de respetar el ordenamiento jurídico. Aquello constituye una garantía para al ciudadano a fin de evitar actuaciones arbitrarias realizadas o ejecutadas por servidores judiciales. No nos olvidemos que, el constituyente de Montecristi, plasmó en el referido artículo 11 de la Constitución las consecuencias en las que, *podrían* incurrir aquellos funcionarios que, en el ejercicio de la potestad estatal, rebasen los límites de la norma y cometan actos contrarios a la misma en desmedro de los derechos de las personas.

En el presente trabajo proponemos realizar un análisis minucioso y detallado de una de las figuras que, actualmente, se ha desnaturalizado y que ha tenido auge a raíz del inicio de pandemia y de aquellos actos delictivos cometidos en los llamados estados de excepción o estados de emergencia. Nos referimos a la ***detención con fines investigativos,*** que más allá de constituir una *medida cautelar,* se ha convertido —en su aplicación— en un instrumento de persecución con el que se vulnera (sin límites) el derecho a la libertad de las personas inmersas en una investigación procesal penal.

II. El derecho a la libertad

Uno de los derechos más preciados por el ser humando, es la libertad. En el decurso de la historia, este derecho —después del derecho a la vida— ha sido materia de análisis y estudio a nivel doctrinario y jurisprudencial, en el ámbito de la actividad judicial. Sin lugar a dudas, en la actualidad, gran parte —por no decir en la mayoría— de los sistemas procesales penales, es el derecho que más afectación sufre al momento de un procesamiento. BECCARIA, hace varios siglos atrás, estableció que, [Un] error no menos común que contrario al fin social, que es la convicción de la propia seguridad, consiste en dejar al arbitrio del magistrado ejecutor de las leyes el prender a un ciudadano, el quitarle la libertad a un enemigo por frívolos pretextos o el dejar sin castigo a un enemigo a pesar de los fuertes indicios de criminalidad. (BECCARIA, 2005, pág. 30). En efecto, con el avance significativo de los criterios jurídicos y la evolución en la protección y

tutela de derechos, hemos avanzado tratando de extinguir todas aquellas actuaciones arbitrarias e ilegales que atentan contra el derecho a la libertad.

Es importante destacar que este derecho, [H]a sido, en realidad un bien frecuentemente desconocido o anulado, bien sea en formas extremas, como la esclavitud, bien en otras más suaves como puede ser el condicionamiento de su efectividad a la arbitrariedad del soberano, como sucedía en el Antiguo Régimen (GARCÍA MORILLO, JOAQUÍN, 2010).

Es importante establecer que, a lo largo de los siglos, el derecho a la libertad ha tenido múltiples concepciones en relación al alcance y así también, sus límites. En el marco del derecho constitucional se ha establecido el reconocimiento en su máxima expresión, a tal punto que, sólo y solamente en casos estrictamente *excepcionales* resulta legítimo la limitación o restricción a la misma. Así pues, para PÉREZ ROYO, la libertad constitucionalmente reconocida es la libertad *individual* con el *límite de la voluntad general.* Con el límite. No con el fundamento o con base en la voluntad general. Pues la libertad se extiende no a lo que está permitido, sino a lo que no está prohibido. Como decía Hobbes en *El Leviathan,* la máxima libertad del ciudadano se produce en ausencia de la ley (PÉREZ ROYO, 2010). En este sentido podemos establecer de manera categórica que [L]a concepción de la libertad como derecho subjetivo que corresponde a todos, del que sólo se puede ser despojado en casos tasados y previamente determinados y contra cuya privación arbitraria deben establecerse recursos de carácter jurídico es, por lo tanto, una noción de la modernidad. (GARCÍA MORILLO, JOAQUÍN, 2010, pág. 223).

Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica, ha establecido [136] en la consagración de los derechos, todos y cada uno de los ámbitos en los que, desde la Convención, se protege y tutela el derecho a la libertad. La Constitución de Montecristi, en su afán de precautelar el derecho a la libertad, a la luz de garantismo, ha establecido un amplio catálogo de preceptos axiológicos con los cuales

136 Pacto de San José de Costa Rica: Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

dota de un rígido blindaje jurídico a este derecho. En virtud de dicho tratamiento a la luz de la Constitución y de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, podemos afirmar que, al amparo de la Jurisprudencia emanada del seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

> *"En sentido general, la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad física más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana."* (CIDH, 2022).

En tal virtud, podemos establecer que el derecho a la libertad es inherente a la persona humana. Aquello, nos permite ampliar con mayor énfasis el alcance de este derecho en relación a la *dignidad humana.* Resulta indispensable establecer que, el principio-derecho de dignidad humana tutela y permite la realización de derechos sustanciales como la *libertad, igualdad e integridad.* En este sentido, debemos dejar por sentado de manera categórica que, al atentar contra el derecho la libertad —en la forma que analizaremos en líneas posteriores— sería una directa y frontal transgresión al principio de dignidad humana.

III. Medidas cautelares y sus efectos

Hablar de las medidas cautelares, para el presente caso, de naturaleza personal, sin lugar a dudas constituye uno de los temas que mayor discusión ha presentado en los últimos años, toda vez que, en la aplicación desproporcional de las misma, se han vulnerado los derechos —en especial el derecho a la libertad— de miles de personas que se encuentran enfrentando un proceso penal.

Uno de los principios fundamentales que se han desarrollado a lo largo de la jurisprudencia, tanto nacional como la esgrimida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el de la ***proporcionalidad*** el mismo que constituye la

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

barrera inquebrantable entre el actuar del Estado, y los derechos de los ciudadanos. Si bien es verdad, existen los principios de *temporalidad, legalidad y necesidad,* aplicables a las medidas cautelares, no es menos cierto que la proporcionalidad permite comprender criterios como la gradualidad, mesura y alcance de una medida cautelar a fin de evitar la consumación de actos de arbitrariedad y abuso por parte del Estado.

Al respecto es importante destacar lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido respecto de la responsabilidad que tiene el Estado, por medio de la accionar de sus agentes y representantes, en la aplicación de las medidas cautelares dentro de un procesamiento penal.

La CIDH, ha esgrimido lo siguiente:

> *"Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170 107.* ***El Tribunal recalca que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares*** *que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea,* ***las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad****. Para determinar lo anterior, es necesario analizar si las actuaciones judiciales garantizaron no solamente la posibilidad formal de interponer alegatos sino la forma en que, sustantivamente, el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de los derechos del procesado, de tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos.* ***Al respecto, el Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión.*** *En este entendido, la Corte reseña los argumentos ofrecidos por las víctimas para conseguir su libertad y la respuesta que obtuvieron de las autoridades competentes"* (CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos.)

Con estas ideas que han sido esbozadas, podemos establecer que la aplicación de las medidas cautelares, dentro de un proceso penal, deberán ser solicitadas y ordenadas con extrema diligencia y responsabilidad por parte de los agentes del Estado, toda vez que —tal como lo ha establecido la CIDH— todas las decisiones deber estar debidamente fundamentadas a fin que, no sean consideradas

como arbitrarias. Es por dicha razón, que el principio de proporcionalidad se convierte en uno de los pilares sobre los cuales se estructura el fundamento jurídico dentro del marco del respecto a los derechos de las personas que son sujetos de medidas cautelares. Es importante recalcar que, en estos casos, el juzgador deberá ponderar —con base en el principio de proporcionalidad— la necesidad de restringir la libertad de una persona versus el derecho a la libertad que tiene una persona y su posible afectación en el decurso de las actuaciones por parte del Estado dentro de un proceso investigativo.

Otro de los aspectos indispensables de analizar es la justificación en la solicitud de imponer una medida cautelar y posteriormente la decisión que deba dicar el juzgador, toda vez que, debe existir un ***fin concreto, determinado y delimitado*** mediante el cual se demuestre categóricamente las razones por las cuales tiene que limitarse o restringirse el derecho a la libertad de una persona procesada. Recordemos que aquello constituye elemento consustancial para dar cumplimiento a las normas rectoras del debido proceso, específicamente las concernientes a evitar el cometimiento de abuso y/o arbitrariedades.

IV. Detención con fines investigativos

El Código Orgánico Integral Penal, ha establecido en el artículo 522[137] las modalidades previstas para las medidas cautelares de naturaleza personal para una persona procesada. Del análisis del precitado artículo observamos algunos aspectos a tratar:

1. La imposición de una medida cautelar es una ***facultad*** exclusiva del juzgador, quien, luego de una correcta y exhaustiva valoraciones de los argumentos que se planteen y que justifiquen la aplicación de una o varias de ellas.

2. El objetivo planteado por el legislador y que justifica la imposición de una medida cautelar de carácter personal, es ***asegurar la presencia de la persona procesada*** al proceso, a fin de garantizar el derecho a la defensa e inmediación.

137 Artículo 522.- Modalidades.- La o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad: 1. Prohibición de ausentarse del país. 2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe. 3. Arresto domiciliario. 4. Dispositivo de vigilancia electrónica. 5. Detención. 6. Prisión preventiva.

3. Que la detención, el orden de rigurosidad establecido por el legislador, ubicó a la detención en una escala de nivel de restricción anterior a la prisión preventiva. Aquello nos permite evidenciar que, esta medida cautelar es de naturaleza ***restrictiva*** del derecho a la libertad.

El artículo 530 del Código Orgánico Integral Penal, ha establecido que la detención será dictada con ***fines investigativos*** es decir con el objetivo de recabar elementos dentro de una investigación iniciada por la fiscalía para determinar la existencia o no de una infracción penal para deducir una eventual imputación. Hemos hecho énfasis en el carácter *investigativo* le ha dado el legislador a esta medida cautelar, es decir que no se trata una medida de ***procesamiento,*** sino que, dentro de una investigación, le permitirá practicar algún tipo diligencia sobre el delito investigado.

Evidentemente nos encontramos frente a una medida cautelar cuya naturaleza es ***temporal,*** en su máxima expresión, con tiempos reducidos —exclusivamente— a 24 horas, así lo ha dispuesto el artículo 532 del Código Orgánico Integral Penal, el mismo que ***limita*** el tiempo en que una persona puede ser privada de su libertad, bajo esta figura. Precisamente y por esa razón, es que hemos invocado el principio de legalidad como parámetro axiológico que evita el abuso y la arbitrariedad judicial. Al respecto es oportuno mencionar que, [l]a duración de la detención, desde la óptica del plazo razonable, pierde relevancia cuando se trata de detención ilegal o arbitraria; si esto ocurre existe violación, y el "Tribunal no considera necesario entrar a considerar si el tiempo transcurrido entre (la) detención y (la) liberación sobrepasó los límites de lo razonable. (GARCIA, 2012).

Es importante tomar en cuenta, que el precitado artículo 532 del Código Orgánico Integral Penal, establece otro elemento limitante y que tiene relación con la finalidad —taxativamente— tipificada; esto es, que la detención con fines investigativos se agotaría una vez que la Fiscalía recepte ***la versión del detenido.*** Aquello es otro de los preceptos normativos que guardan estricta relación con el principio de legalidad, ya mencionado en varias ocasiones. En virtud de aquello, podemos arribar a una conclusión lógica: ***una vez que se haya receptado la versión del detenido, automáticamente deberá ser puesto en libertad.***

Es en este punto —en la práctica— donde se presentan las actuaciones abusivas y arbitrarias, al realizar interpretaciones alejadas de las normas y contrarias a los principios de ***legalidad y seguridad jurídica.*** Dentro de la experiencia personal, hemos evidenciado que la Fiscalía (en algunos casos) solicita al juzgador

la ya conocida ***boleta de detención*** [138]**.** No nos olvidemos, tal como consta al pie de página, que la solicitud de detención formulada por la Fiscalía, también debe de cumplir con varios requisitos **formales**, para que proceda, luego la orden del juzgador. Como lo hemos venido explicando, la detención con fines investigativos, en los últimos años, ha sido desnaturalizada y convertida en la **antesala** de un procesamiento "extremadamente" rápido, para dejar la puerta abierta a una eventual privación de libertad bajo la figura de la medida cautelar de ***prisión preventiva.*** Así pues, tenemos que muchos casos se han podido observar que, una vez que la persona es detenida con fines investigativos, existe un extraño retraso en la recepción de la versión del detenido (acompañado también, de la lentitud en el proceso de recabar los elementos para calificar la detención, como por ejemplo: el parte policial), lo cual provoca que, las 24 horas límites para que dure la detención, se agoten rápidamente en medio de la angustia e incertidumbre del detenido. Es en ese momento cuando se desnaturaliza el proceso penal. Antes que culminen las 24 horas ya referidas, la Fiscalía (en una clara muestra de transgresión de las normas) le solicita a cualquier juez de flagrancia (sin exista este hecho) se convoque a la audiencia de ***formulación de cargos,*** en donde —generalmente, por no decir siempre (dependiendo de la "conmoción social"), solicita se dicte la medida cautelar de **prisión preventiva** en contra del detenido. Pero esto no lo es todo, en materia de violación al debido proceso penal, sino que —además— comienzan a vulnerarse otros derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador. Así pues, el articulo 76 numeral 7 literal b), consagra el derecho que tiene toda persona de **contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de la defensa.** Así pues, en este sentido nos encontraremos en un suplicio que genera y ocasiona angustia en la defensa que, se ve en la extremada urgencia de buscar —en tiempos record— los argumentos con los que se va a enfrentar a una ***audiencia de formulación de cargos,*** que —en algunos casos— por el gran volumen y extensión del proceso o cuaderno procesal, la defensa no se abastece para poder realizar una revisión integral del mismo y, poder así elaborar una responsable defensa. En estos casos y dependiendo de la "conmoción social y/o mediática", nos enfrentaríamos al *dantesco* escenario de la petición o solicitud de medida cautelar de prisión preventiva. En este momento procesal, la angustia aumenta y la incertidumbre ser convierte en una constante, toda vez que, por la "rapidez" en el inicio de un procesamiento, la defensa no cuenta tampoco con el tiempo razonable para recabar elementos que puedan servir para demostrar que —el ya procesado— comparecerá al proceso y así evitar la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva. Imaginémonos aquellos casos donde la audiencia de formulación de cargos (bajo esta modalidad) se realice en horas de

138 Artículo 531.- Orden.- La boleta de detención cumplirá los siguientes requisitos: 1. Motivación de la detención. 2. El lugar y la fecha en que se la expide. 3. La firma de la o el juzgador competente. Para el cumplimiento de la orden de detención se deberá entregar dicha boleta a la Policía Nacional.

la madrugada, fin de semana o feriado, donde resulta casi imposible contar con elementos idóneos para justificar la participación activa en el proceso.

Bibliografía

Beccaria, C. (2005). *De los delitos y de las penas.* Buenos Aires: Ediciones Libertador.

CIDH. (3 de 08 de 2022). *CIDH.* Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo8.pdf

CIDH. (s.f.). *Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Obtenido de Cuadernillo de Jurisprudencia No. 12 Debido Proceso.

Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y Garantias.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2014). *Derecho y Razón.* Trotta.

García Morillo, Joaquín. (2010). *Derecho Constitucional.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Garcia, S. R. (2012). *El Debido Proceso, Criterios de la Jurisprudencia Interamericána.* México: Porrúa.

Hernández Terán, Miguel. (2011). Relatividad del Principio Precautorio en Materia Ambiental. *Derecho Constitucional y Teoría y Práctica*, 10.

Pérez Royo, J. (2010). *Curso de Derecho Constitucional.* Madrid: Marcial Pons.

Zaffaroni, E. R. (2012). *La Cuestión Criminal* . Buenos Aires: Planeta.

COMENTARIOS SOBRE LA NOCIÓN DE ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

Sumario: I. Introducción; II. Estado de derecho y Estado constitucional de derechos y justicia; III. Apreciaciones críticas sobre la noción de Estado constitucional de derechos y justicia; IV. Conclusión

I. Introducción

La Constitución ecuatoriana de 2008 trae consigo una interesante denominación cuando dice, *ab initio*, que el Ecuador es un "Estado constitucional de derechos y justicia". La frase, en efecto, parece innovadora y transformadora, propia de un cambio de conceptuación sobre el orden jurídico y el papel del Estado.

No obstante, al buscar el fundamento de dicha designación, se pueden apreciar algunos planteamientos teóricos que parten de una particular idea del "Estado de derecho", concebido como una suerte de "Estado legalista" y que lo comparan con el nuevo modelo constitucional que se plantea en nuestra Carta Suprema.

¿Qué diferencia existe entre el Estado de derecho y el Estado constitucional de derechos y justicia? ¿Acaso este último es un nuevo modelo que se basa en principios distintos? En el presente trabajo formularemos algunos comentarios y apreciaciones críticas sobre la noción de "Estado constitucional de derechos y justicia" que, además de brindar la explicación de algunas nociones involucradas en dicha fórmula, permitan apreciar si en verdad se trata de una innovación y transformación constitucional del Estado ecuatoriano.

II. Estado de derecho y Estado constitucional de derechos y justicia

Entre las varias explicaciones que se pueden encontrar sobre la nueva definición del Estado ecuatoriano que está presente en la Constitución de 2008, se destaca la que parte de una comparación entre el Estado de derecho con el Estado constitucional de derechos y justicia.

Según esta postura, el Estado de derecho sería una superación del Estado absoluto, en el cual la ley determina la autoridad y la estructura de poder. Se dice que el Estado de derecho, aun cuando se basa teóricamente en la división de poderes, obedecería, en la práctica, a los intereses de la burguesía, que copa al parlamento y, en consecuencia, limita al poder ejecutivo y controla al judicial, gracias al principio de legalidad. Se afirma también que en el Estado de derecho la Constitución carece de rigidez y se puede reformar por el procedimiento ordinario de creación de las leyes y que los derechos son los creados y reconocidos por estas.[139]

En el Estado constitucional, por el contrario, la Constitución —que es una auténtica norma jurídica vinculante de modo directo— sería la que determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder. Se pone de manifiesto que la Constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque se resalta el valor de los derechos, los mismos que funcionan como límite del poder y como vínculo y que, además, serían un fin. Orgánica, porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos; y, procedimental, porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas. Evidentemente, en el Estado constitucional la Norma Suprema, la Constitución, es rígida y no puede ser reformada sino por procedimientos especiales.[140]

En nuestro criterio, las explicaciones que quedan bosquejadas dejan de considerar elementos fundamentales sobre la noción del Estado de derecho, hasta el punto de que lo desdibujan de un modo decisivo. Sin dejar de lado la necesidad ineludible de tener presentes a las realidades sociales como determinantes de los procesos políticos y jurídicos, consideramos que es demasiado simple explicar al Estado de derecho sólo desde la perspectiva del triunfo de una clase social y, por ende, como aquel que expresa la dominación de esta por medio de la ley. También nos parece insustancial considerar que el concepto de Estado de derecho se basa puramente en el principio de legalidad, porque este criterio elude la consideración de una serie de postulados que definen algo más complejo y acabado. Además de todo ello y, en definitiva, consideramos del todo sesgada y apresurada la comparación entre Estado de derecho y Estado constitucional para rescatar que sólo en este último los derechos tienen el valor de límite, vínculo y fin.

139 *Véase*, Ávila Santamaría, Ramiro, "Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia", en Ávila Santamaría, Ramiro (Ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 20-21.

140 *Ibídem*, p. 22.

¿Existe en verdad una diferencia esencial entre el Estado de derecho y el llamado Estado constitucional de derechos y justicia, de manera que se justifique un nítido contraste y diferenciación?

El Estado de derecho, como dice Gerard Robbers, "fue siempre la definición de un horizonte global de múltiples y muy diversos postulados en permanente evolución dinámica".[141] El Estado de derecho es un régimen en el cual se proscribe la arbitrariedad en el ejercicio del poder público, existe una plena subordinación de la autoridad al ordenamiento jurídico y se postula el respeto a los derechos de las personas y la garantía de estos.[142]

Bien es verdad que la doctrina del Estado de derecho se sustentó en los principios de legalidad y de reserva de ley que fueron desarrollados en la doctrina jurídica del siglo XIX, pero no como la traducción de la supremacía del parlamento dominado por la burguesía, sino como expresión de un rechazo frontal y enérgico al abuso de la autoridad y del poder público que rigió en el Estado absoluto.[143] Frente a la arbitrariedad y el desafuero del gobernante, la subordinación a la ley, que ante todo, instituye una previsibilidad de las conductas, de las consecuencias jurídicas del actuar y la racionalidad del comportamiento.

---

141 Robbers, Gerhard, "El Estado de derecho y sus bases éticas", en Thesing, Josef (Comp.), *Estado de Derecho y Democracia*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, Ciedla, 1999, p. 29.

142 Los principios que rigen al Estado de derecho y que traducen la proscripción a la arbitrariedad en el ejercicio del poder público son:
a) La división de funciones, esto es, un sistema de pesos y contrapesos que evita la *concentración del poder* en una sola persona o corporación y los abusos que ello conlleva;
b) Subordinación del Estado y de la autoridad al ordenamiento jurídico, lo que implica el sometimiento del poder a *reglas jurídicas de conducta*;
c) Reconocimiento y garantía de los derechos, lo cual significa que el Estado tiene las *correlativas obligaciones*;
d) Responsabilidad pública, como consecuencia ineludible de la subordinación al derecho y de la existencia de obligaciones que rigen al Estado y a la autoridad; y,
e) Legitimación democrática de la autoridad pública.

143 Señala Soriano García que el denominado "antiguo régimen" se caracterizó por los siguientes rasgos:
a) Inexistencia de limitaciones jurídicas al poder regio, por lo cual muy impropiamente podría hablarse de un "Derecho administrativo";
b) Dependencia de los tribunales del poder del monarca, con la posibilidad de excepcionar las sentencias, reservar su aplicación o incluso someterla lisa y llanamente a la voluntad del gobernante; y,
c) La política como iniciativa exclusivamente regia, ya que únicamente el monarca tenía la potestad de definir lo "conveniente para la felicidad de los súbditos", de modo tal que se aislaba a los vasallos de cualquier acción política.
Véase, Soriano García, José Eugenio, *Los fundamentos históricos del derecho administrativo en Francia y Alemania*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 1994, pp. 13-19.

Por lo demás, cabe advertir que desde hace mucho tiempo, antes de que se pusiera de moda en el Ecuador la idea del Estado constitucional de derechos y justicia, un importante sector de la filosofía del derecho, concretamente, el iusnaturalismo de corte aristotélico-tomista, ya propugnaba la necesidad de garantizar los derechos humanos, no únicamente como exigencia de las disposiciones de la Constitución, ni solamente como reivindicación política o social, sino más aun, de modo determinante, como exigencia de la dignidad de la persona, a partir de la consideración de su naturaleza.

Los derechos de las personas no surgen de la Constitución, ni de juicio de razón alguno, sino de la propia naturaleza humana, de tal modo que la Norma Suprema sólo haría un reconocimiento. En otros términos, los llamados derechos humanos o derechos fundamentales tienen su título en la naturaleza humana, en el mismo ser del hombre, en algo esencial y permanente, y no en un conjunto de decisiones políticas o jurídicas —que bien pueden estar sujetas a posibilidad de variación o mutación— o en un cúmulo de preceptos que estarían incorporados solemnemente en la norma positiva constitucional. Como dice Javier Hervada:

> […] ¿el derecho a la vida surge del precepto "no matarás al otro", el derecho de propiedad del mandato "no hurtarás"? Evidentemente no; la norma "no matarás al otro" se origina del derecho a la vida, el precepto "no hurtarás" es consecuencial al derecho de propiedad, etc., pues no se tiene el derecho a la vida o el derecho de propiedad o los demás derechos, porque existan los preceptos, sino que los preceptos existen porque existen los derechos. Los derechos naturales no nacen de un juicio de razón […], sino de la naturaleza humana.[144]

Ahora bien, es verdadero que los derechos de la persona constituyen un límite, un vínculo y un fin, esto es, un tope infranqueable al ejercicio de la autoridad pública, una obligación ineludible del gobernante y el aspecto teleológico de la acción estatal. Sin embargo, no creemos que el fundamento de estos elementos pueda surgir de cualquier premisa o proposición, ya que la estabilidad de dichas conceptuaciones y su traducción en las normas y en la práctica sólo se obtendrá de cimientos teóricos sólidos. En otros términos, el carácter de límite, vínculo y fin que tienen los derechos fundamentales no puede nacer solamente de la pura noción de Estado constitucional, tal como plantean algunos teóricos ecuatorianos, porque las constituciones, por más rígidas que sean, siempre son susceptibles de variación, de mutación y de cambios, bien provenientes de las vicisitudes sociales o políticas, bien, incluso de propuestas puramente ideológicas, e incluso, antojadizas.

144 Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 4a. ed., Pamplona, EUNSA, 1986, p. 187.

Consideramos que aquella sólida base está en la consideración del hombre como persona, en la dignidad consecuente, y en su calidad de causa material y eficiente del Estado. La noción de Estado constitucional, e incluso, los caracteres de la Constitución misma, por más que se diga que se trata de una norma suprema, y aun cuando se le dote de rigidez, no son suficientes para sustentar, en última instancia, la necesidad del respeto a los derechos y la continencia en el ejercicio de la autoridad y del poder.

Como hemos explicado en otro lugar, la soberanía y el poder del Estado no son absolutos, sino que tienen límites objetivos que vienen dados por la misma naturaleza y composición del Estado.[145] El Estado se compone de personas, que son su causa material y eficiente, por lo que nunca podrá atentar contra el principio que le da existencia. Además, el fin del Estado es el bien humano en su vida temporal, lo cual determina que la autoridad no tenga competencia para inmiscuirse en cuestiones de índole espiritual y eterna, pero sí en conseguir la buena vida humana en sociedad.

Es importante también detenerse en que los derechos humanos o los derechos fundamentales son traducción de bienes o valores esenciales al ser humano o de propiedades de la persona. No se trata, entonces, de concesiones de la Constitución ni deducciones provenientes de juicios de razón, por más jerárquicamente supremos que sean dentro de un sistema jurídico. Estas ideas son indispensables para entender a cabalidad la noción de justicia, aspecto que poco claro queda en los teóricos del Estado constitucional de derechos y *justicia*, o bien, que no explican su noción de modo satisfactorio.[146]

De antemano, hay que huir del error de algunos autores que pretenden que la justicia es una norma o que tiene un contenido normativo. Así, Kelsen, que forzado por su equivocada conceptuación, terminó indicando que la fórmula de la justicia —dar a cada uno lo suyo— terminaba en una vana tautología: debe darse a cada uno lo que se le debe dar.

La justicia no es una norma, es una *virtud*, y su fórmula no tiene un carácter normativo, sino que describe el acto virtuoso, esto es, el *acto de justicia*. En este sentido

145 *Véase*, Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, *Derecho procesal administrativo ecuatoriano*, Quito, Andrade y Asociados Fondo Editorial, 2007, pp. 24 y ss.

146 *Véase*, Ávila Santamaría, Ramiro, *op.cit.*, pp. 23-28. El autor señala que la noción de justicia es polisémica y busca definir su noción a partir de criterios jurídicos, que, como veremos, dejan de lado la verdadera esencia de la justicia y del *ius* o cosa justa. Lo que más llama la atención es que el autor parta de una cita de Hans Kelsen, cuando el jurista austríaco realizó un esfuerzo por comprobar que la fórmula de la justicia —constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo— resultaba una vana tautología, de tal modo que la rechazó.

correcto, como explica Hervada, la justicia *no distribuye cosas*, sino que *parte del hecho de que las cosas están repartidas*. Por ello, la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo —*constans et perpetua voluntas ius suum quique tribuendi*— en lo que interesa al derecho, es *acomodar la conducta a lo que es de otro*, es decir, a lo que *ya tiene otro, a lo que es su derecho*; pero de ningún modo esto significa que la justicia sea una máxima normativa que diga qué es lo de cada uno. En otros términos, la justicia refiere a la virtud que consiste en el cumplimiento de los deberes y obligaciones, en relación con los derechos del otro, o lo que es lo mismo, respetar el derecho de los demás, mediante el acomodo del comportamiento a las exigencias de este.[147] Esto sería, en suma, dar a cada uno lo que le corresponde, o bien, cumplir mis obligaciones y deberes en cuanto éstos son correlativos a las exigencias e implicaciones del derecho ajeno.

En lo que concierne a los derechos humanos o fundamentales, en cuanto implican una obligación de respeto de parte del Estado, de los gobernantes y de los demás seres humanos, debemos partir de la idea ya indicada: *dichos derechos no son sino la expresión o traducción jurídica de los bienes o valores esenciales al ser humano o de las propiedades de la persona*. Ahora bien, esos bienes o valores —la vida, la integridad física, el pensamiento, la libertad, etcétera— provienen del mismo ser de la persona, son inherentes a la misma, de tal modo que son *lo suyo* de esta y de aquí se deriva un *deber de justicia*, esto es, acomodar la conducta a lo que dichos derechos exigen, que llega a cualquiera, incluso, a quienes detentan la autoridad pública, porque de lo contrario se estaría atentando, de modo directo e irremediable, en contra de la persona misma.

De ahí que la violación de los derechos humanos o fundamentales sea, más que una trasgresión a la Constitución o a la ley, un atentado en contra del mismo ser humano, y que cualquier menoscabo a los bienes o valores inherentes a la persona, más que constituir la desobediencia a la ley o a la Constitución, se traduzca en el desprecio a aquella dignidad suprema de la persona.

III. Apreciaciones críticas sobre la noción de Estado constitucional de derechos y justicia

En nuestro criterio, el llamado "Estado constitucional de derechos y justicia" no deja de adoptar los principios fundamentales del Estado de derecho que constan en varias de constituciones ecuatorianas —muy particularmente en la de 1998— pero expresa de modo muy especial, por una parte, la calidad de norma jurídica que tienen los principios y valores declarados en la Constitución y, por

147 *Véase*, Hervada, Javier, *op. cit.*, pp. 45-55.

otra parte, la dignidad humana como elemento que limita y dirige la actuación de la autoridad pública.

En relación con el primer aspecto apuntado, cabe destacar que, durante mucho tiempo, a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX, la doctrina consideró a la Constitución como un mero catálogo programático que debía encontrar su realización en lo que dispusiese la ley. Así mismo, los derechos declarados en la Constitución se consideraban como puras afirmaciones cuya eficacia también dependía de lo que estableciesen las disposiciones legales.[148] En esta última conceptuación de los derechos constitucionales influyeron decisivamente teorías, estrechas e inadecuadas, que pretendían explicar al derecho subjetivo.[149]

Actualmente, la noción de Estado Constitucional —además de significar un postulado general de proscripción de la arbitrariedad en el ejercicio de la autoridad y del poder público, como es propio de un Estado de derecho— también expresa que la Constitución es una norma jurídica, y como tal, es obligatoria para los jueces, quienes en su labor de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado tienen el deber ineludible de acatar y aplicar los preceptos constitucionales. Pero, además, no se trata de cualquier norma jurídica, sino de una que tiene los atributos de suprema y condicionante de la validez de las demás disposiciones del ordenamiento jurídico.[150] Estos caracteres, además de lo que se dispone en los artículos de la Constitución ecuatoriana que se refieren a la supremacía (artículos 424 a 428), también son fundamento de todo el sistema de control constitucional y de garantías que contempla el texto supremo.

En lo que se refiere a la dignidad humana como elemento que limita y dirige la actuación de la autoridad pública, la expresión "Estado de derechos y justicia" invoca decisivamente a los bienes y valores que son propios de la naturaleza de la persona y que deben ser respetados como ley esencial del Estado. Además de ello, la expresión constitucional que se comenta no se limita a la sola enunciación de derechos, sino que evoca aquellos principios que deben guiar la conducta de

148 Sobre estas ideas, véase Polakiewicz, Jörg, "El Proceso Histórico de la Implantación de los Derechos Fundamentales en Alemania" en *Derechos Humanos, Estado de Derecho, Desarrollo Social en Latinoamérica y Alemania*, en SchÖnbohm, Horst ed., Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA, Caracas, Editorial Panapo, 1994.

149 Dichas teorías utilizan elementos que no permiten describir adecuadamente al derecho subjetivo, como son la voluntad, el interés jurídicamente protegido o una mixtura de ambos caracteres. Por el contrario, como señala Dabin, el derecho subjetivo constituye, ante todo, un haber de la persona que le habilita a adoptar diversidad de comportamientos, según el bien o valor que subyace en el derecho. Al respecto, véase, Dabin, Jean, *El derecho subjetivo*, trad. de Francisco Javier Osset, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 70 y ss.

150 *Cfr.* García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, p. 102 y ss.

la autoridad pública, precisamente, porque la justicia es una virtud; hábito de la voluntad que mueve a adecuar el comportamiento propio a los títulos del otro, a lo que le corresponde o se le debe a éste, en suma, a su derecho: *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*.

A partir de la fórmula constitucional "Estado de derechos y justicia", la Constitución de 2008 recoge los fundamentos del respeto a la dignidad humana que ya traía la Constitución de 1998, a saber:

a) Que el máximo deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos fundamentales, lo cual se traduce en un concepto marcadamente humanista: el bien de la persona es el fin del Estado, de tal modo que desaparece aquella nebulosa idea del "interés general", que a conveniencia y con mucha relatividad invocan los políticos según las eventualidades de tiempo y lugar, para dar paso a una noción de interés general precisada en las exigencias de la persona y de la buena vida humana. A estos derechos se debe acomodar necesariamente la actividad de la autoridad pública, en general, y la de la Administración pública, en particular.

b) Que los derechos no constituyen una concesión graciosa del Constituyente, sino que tienen su fundamento en la naturaleza humana. Aquí debe encontrarse la base del principio de aplicabilidad y exigibilidad directa de los derechos, de la cláusula *numerus apertus* o de enunciación no exhaustiva y, sobre todo, del postulado que propugna que la dignidad de la persona es el criterio infalible para definir, reconocer y descubrir a los derechos.

c) Que los derechos obligan a toda autoridad pública, precisamente, porque la persona es la causa material y eficiente del Estado.

Si bien la Constitución de 2008 pone énfasis en los aspectos indicados, la cláusula del "Estado constitucional de derechos y justicia" no es para nada incompatible con los postulados del Estado de derecho. Todo lo contrario, en cuanto éstos se sintetizan en la proscripción de la arbitrariedad y en el respeto a los derechos de las personas, las definiciones constitucionales son plena afirmación del Estado de Derecho.

La principal conclusión que puede obtenerse de lo que queda expuesto es que la idea del Estado constitucional de derechos y justicia es una afirmación de los postulados del Estado de derecho, dicha con una pretensión de innovación muy impropia.

Si por Estado constitucional de derechos y justicia se quiere significar a un Estado en donde se proscribe la arbitrariedad en el ejercicio de la autoridad y del poder público, conjuntamente con el reconocimiento y garantía de los derechos humanos, nada de diferente hay con los postulados del Estado de derecho que se vienen incorporando en las constituciones ecuatorianas desde hace tiempo, muy particularmente, en la Constitución de 1998.

Entendido de este modo, los conceptos que incorpora la expresión de Estado constitucional de derechos y justicia se convierten en una manifestación lírica y reiterativa del Estado de derecho que, ante todo, no es un "estado legalista", sino un conjunto de postulados que tienden a la limitación del poder y al respeto de la dignidad humana.

Por último, queda por afirmar que la reivindicación de la Constitución como norma suprema y, sobre todo, su papel de precepto que guía la labor estatal y el desempeño de la autoridad pública no tendría ningún efecto práctico si no se partiese de la naturaleza de la persona y de la ineludible necesidad de respetar sus bienes o valores inherentes. La explicación de la justicia, de la racionalidad del gobernante, de la subordinación al orden jurídico poco trascendente sería sin aquella base sólida del respeto al bien humano que debe guiar a la labor estatal.

IV. Conclusión

Consideramos que aquello que se trata de identificar como Estado constitucional de derechos y justicia no elude los principios fundamentales sobre los que se funda un Estado de derecho. A pesar de las explicaciones de algunos autores —y de la conceptuación equivocada o limitada sobre el Estado de derecho— nadie puede negar que Constitución ecuatoriana se basa en la división de funciones, en la subordinación del Estado y de la autoridad al derecho, en el reconocimiento y tutela de derechos, en la responsabilidad pública y en la legitimación democrática del poder público. En suma, el llamado Estado constitucional de derechos y justicia *es* un Estado de derecho.

Lo que podría incorporar una innovación es el énfasis en el valor normativo de la Constitución y en su carácter de ley suprema, que condiciona la validez de toda norma y acto de poder público, además de que brinda coherencia y unidad al sistema jurídico. Sin negar que la Constitución de 1998 también tenía elementos relacionados con la supremacía constitucional y su carácter de norma jurídica, la vigente Constitución de 2008 pone un especial acento en sus propiedades. No obstante, antes que encontrar una explicación en fundamentos harto ideológicos

—como la idea de los intereses de la burguesía y su búsqueda de preminencia— es mejor sustentar la noción de derechos y justicia en la *dignidad del ser humano*. Una Constitución humanista, con vocación de permanencia, sólo puede partir de un sustento estable e invariable, lejano a interpretaciones políticas que son variables y cuestionables. Relativas, en fin.

Dicho sustento no puede ser otro que la naturaleza humana y la dignidad de la persona, que se traduce en norma constitucional, suprema y obligatoria, no por obra de un momento o circunstancia determinado, sino por su base inmutable y permanente.

APORÍAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN CONTEXTOS COMPLEJOS

LEONARDO MASSIMINO

I. Introducción

El término aporía, según el Diccionario de la Real Academia Española, tiene su origen en el vocablo griego *aopia,* que refiere a la dificultad de pasar; e importa un enunciado que expresa o que contiene una dificultad de orden racional.[151]

Teniendo en cuenta esa conceptualización, recordemos que el advenimiento del Estado social y democrático de derecho ha traído aparejado, entre otras consecuencias, el ensanchamiento de los derechos de las personas como lógica derivación de la incorporación de los tratados de derechos humanos como fuente del derecho positivo (cfr. arts. 31 y 75 inc. 22 Constitución Nacional, —C.N.—); y la consiguiente necesidad del Estado de contar con una mayor cantidad de recursos económicos —siempre escasos—, tendientes a satisfacerlos. Ciertamente, la situación se profundiza en contextos de emergencia pública toda vez que, como ya hemos señalado en otra ocasión[152], las necesidades se expanden a mayor velocidad y, a la vez, las actividades productivas, en general, pueden verse resentidas con motivo de las intervenciones públicas adoptadas.

Con esa proyección, este trabajo procura poner en evidencia algunas dificultades de orden racional, o mejor expresado, de justificación racional, que presenta la intervención pública para proveer o garantizar los derechos sociales a las personas en contextos complejos, como por ejemplo, los que se presentan en épocas de emergencia.

Más específicamente, estas líneas pretenden, a partir de una mirada en la práctica administrativa y jurisprudencial suscitada con motivo de la emergencia sanitaria —como típica expresión de los contextos complejos y cambiantes—, formular alguna valoración de esas intervenciones y las implicancias o el impacto de esas intervenciones. Asímismo y como consecuencia de lo anterior, se pondrán de

151 Diccionario de la Real Academia Española, Vigésimo Segunda Edición.

152 MASSIMINO, Leonardo, El Derecho Administrativo como técnica de inclusión social, en Miguel Hernández y otros, Derecho Constitucional para el siglo XXI. Un aporte de la maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2020, pág. 157.

relieve algunas tendencias e interrogantes que puede vislumbrarse en torno a la intervención administrativa en esos contextos de emergencia que tienen vocación de permanencia.

II. La misma respuesta estatal para una realidad cambiante. ¿Viejas recetas para nuevos problemas?

Señalamos que los contextos de emergencia profundizan la cuestión siempre urgente entre nosotros referida a la idoneidad o eficiencia de la intervención pública para superar las dificultades que se suscitan en esas circunstancias.

Es necesario efectuar aquí otra precisión y advertir, como expresa Ricardo Guiburg, que una emergencia es una circunstancia disvaliosa que *sale* de lo normal. Como la norma es, por hipótesis, la descripción de lo que creemos esperable, hay que suponer que la aparición de un iceberg fue, para el capitán del Titanic, un suceso.

Desde esta perspectiva, la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) ocurrida por la aparición del Coronavirus-Covid 19 en el año 2020, importó realmente un verdadero *emergente* pues, en rigor, las llamadas *emergencias* económicas tienen, desafortunadamente, cierta habitualidad y permanencia en la realidad de nuestros países[153].

Ahora bien, a pesar de los rasgos distintivos entre las llamadas emergencias económicas y las emergencias sanitarias (como las que, sin dudas, hay también con cualquier otro tipo de emergencias), la respuesta regulatoria del Estado a la emergencia sanitaria ha sido a través del empleo y utilización del mismo herramental (dogmático, metodológico y conceptual) de la experiencia recabada en el marco de las emergencias económicas. En otras palabras, la estrategia de la intervención pública de abordar las nuevas emergencias —como la sanitaria— consiste en emplear métodos similares a los utilizados en las viejas o conocidas emergencias, que —como dijimos—, ya adquieren contornos de normalidad.

Al respecto, conviene recordar algunos rasgos distintivos del control —administrativo y judicial— de la intervención del Estado en materia económica en general; esto es, el control de las regulaciones económicas, sea en épocas de emergencia o normalidad. En cuanto al control administrativo, el dictado de

153 Al respecto, ver con provecho PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Los servicios públicos en emergencia y "nueva normalidad".(¿Normalidad nueva en emergencia vieja?), El Derecho–Revista de Derecho Administrativo, Febrero 2021 – Número 1/2
Fecha: 03-03-2021 Cita Digital: ED-MXIV-84.

las regulaciones económicas, ora a través de actos generales, ora a través de actos particulares, como es sabido carecen de estudios de Costo/Beneficio (C/B), consecuencialistas y/o análisis de efectividad previo a su dictado[154]. Tampoco se efectúan análisis o un control de los resultados obtenidos como consecuencia de esas regulaciones; lo cual genera una y otra vez nuevas emergencias. En esa misma —y desafortunada— senda, el control judicial, en general, se cristaliza a través de un control de razonabilidad de las políticas públicas que sólo repara en la eficacia de las decisiones (vgr. caso "Cine Callao"[155]), y sólo muy excepcionalmente repara en la efectividad" [156], como por ejemplo, en la decisión del Máximo Tribunal recaída en la causa "Peralta"[157]).

Puede decirse que ello suscita —en virtud de determinadas sombras históricas, conceptuales y dogmáticas que han determinado nuestro derecho argentino—, la configuración o fijación de un principio de juridicidad alejado, desatendido o despreocupado de la efectividad de las medidas o decisiones.

Esta *reacción disvaliosa* es particularmente delicada cuando las restricciones que se establecen por causa o, mejor dicho, en ocasión de una situación de pandemia en la cual se procura la protección de la salud de la población y la vida de los ciudadanos, siempre se realiza a costa de otros derechos fundamentales también involucrados, como por ejemplo, el derecho de tránsito, el derecho de ejercer industria lícita, derecho de educación, entre otros. En otras palabras, muy a menudo queda pendiente el test de efectividad de las decisiones estatales adoptadas en contextos de emergencia y, por lo tanto, se obtienen los mismos resultados disvaliosos que se pretenden superar.

III. La exigencia convencional de razonabilidad en las medidas regulatorias de la emergencia

Las intervenciones públicas encaminadas a brindar una protección de los derechos sociales (salud, educación, trabajo, etc.) en los contextos difíciles de pandemia acaecida por la propagación del Covid-19 importó y trajo aparejados

154 MASSIMINO, Leonardo. Un aporte desde la ley de procedimientos administrativos para el dictado de actos de alcance general eficientes (En especial, en el campo de la intervención administrativa en las industrias de redes naturalmente monopólicas, Derecho Administrativo Austral, ISSN: 1851-852008125, N° 1, Ad Hoc, págs. 193 a 338.

155 CSJN, Fallos, 247:121.

156 Para ampliar, SACRISTÁN, Estela, Control Judicial de las medidas de emergencia (A propósito del análisis costo-beneficio), AAVV El derecho administrativo de la emergencia IV, Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 2005. p. 111/140.

157 CSJN, Fallos 313:1513.

determinados conflictos debido a la restricción o redimensionamiento de los derechos fundamentales de las personas. En virtud de ello, las autoridades públicas desarrollaron una significativa labor tendiente a establecer prioridades o núcleos esenciales de los derechos a resguardar en esos contextos, sobre todo, en lo que respecta a los grupos vulnerables.

En el plano normativo, como dijimos, la Organización Mundial de la Salud, la Comisión Interamericana de derechos humanos y otros Organismos Internacionales manifestaron su preocupación por la eficiencia de las regulaciones por COVID 19 en vinculación a los derechos sociales.

Así, por ejemplo, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) redactó unas directrices (8) para que la respuesta al COVID-19 se centre en las personas.

La primera de esas directrices dice: *"Las estrategias sanitarias no deberían centrarse tan solo en los aspectos médicos de la pandemia, sino que deberían tratar las consecuencias que la respuesta sanitaria tiene en los derechos humanos"*.

Luego enfatiza en que las facultades excepcionales deben ser empleadas para legitimar metas de salud pública, no utilizadas para aplastar a la oposición o silenciar el trabajo de periodistas o defensores de los derechos humanos.

Las medidas de contención, como el distanciamiento social o el aislamiento, deben tener en cuenta las necesidades de las personas que necesitan apoyo de otros para alimentarse, vestirse y asearse. Muchas personas, entre ellas personas con discapacidad, dependen de los servicios comunitarios y a domicilio.

Se propicia como imprescindible que el aumento del control de fronteras, las restricciones de viajes o las limitaciones a la libre circulación no impidan la huida de personas que escapan de la guerra o de la persecución.

Como herramientas posibles se indicó que los paquetes de protección social y estímulo fiscal dirigidos a quienes menos pueden afrontar una crisis son esenciales para aliviar las terribles consecuencias de la pandemia. Las medidas inmediatas de alivio económico como bajas remuneradas por enfermedad garantizadas, prestaciones por desempleo extendidas, distribución de alimentos y la renta básica universal pueden ser una protección frente a los efectos de la crisis.

En base a esos lineamientos, la ONU fijó otros específicos en relación al modo en que deben ser utilizadas las "facultades excepcionales" en relación a periodistas,

ancianos, discapacitados, migrantes, colectivos LGTBI, personas privadas de la libertad, población indígena, médicos, etc.

Así, por ejemplo, señaló que el colectivo LGTBI también corre más riesgo durante la pandemia, y se deberían incorporar medidas específicas en los planes de respuesta que traten esta situación.

Puntualizó, además, que las personas privadas de libertad, incluidas aquellas en cárceles, en prisión preventiva, en detención de inmigrantes, instituciones y otros lugares de retención sufren un riesgo de infección mayor en caso de brote de enfermedad. Agregó que su situación debería tratarse de manera concreta en la planificación y respuesta a la crisis. Los profesionales médicos y expertos relevantes, científicos incluidos, deben ser capaces de hablar libremente y de compartir información entre ellos y con el público.

Las directrices de la ONU insisten, en definitiva, en que *"las facultades excepcionales deben ser empleadas para legitimar metas de salud pública, no utilizadas para fines distintos". Y que es necesario monitorear los resultados de esas políticas.*

IV. Los instrumentos de expansión interventora en la pandemia: subsidios y regulaciones

En el plano normativo interno del derecho argentino, la acción estatal interventora se verificó mediante un notorio fenómeno de expansión regulatoria a través de subsidios y regulaciones de toda índole.

La intensa intervención estatal en esta materia tuvo como fundamento, recordemos, la necesidad de evitar la propagación del virus frente a la insuficiencia del sistema de salud para atender el pico de demanda.

Los subsidios tienen costo fiscal, en cuanto implican erogaciones (u omisión de ingresos) al Estado. Dicho costo fiscal es explícito, cuando aquéllos se encuentran expresamente incluidos y cuantificados en el Presupuesto Nacional.

En cambio, cuando el costo fiscal es desconocido por tratarse de exenciones impositivas, o transferencias de ingresos realizados por empresas públicas o privadas sujetas a regulación a través de créditos, tarifas o precios diferenciales, se trata realmente de *regulaciones*.

El costo de las regulaciones es "invisible" en sus efectos inmediatos, ya que se trata de mecanismos institucionales que afectan en forma difusa a la población y

sus beneficios son enunciados en forma voluntarista, al sancionarse las normas que las establecen, sin una evaluación posterior de su impacto real[158]. Por ello, recordemos, el proceso de su creación se encuentra sujeto al clásico fenómeno de sobrevaluación de beneficios y subestimación de costos. Sin embargo, la intervención estatal con motivo de la pandemia, ora a través de los subsidios, ora a través de las regulaciones generales, carecen de los requeridos análisis de C/B, como veremos seguidamente.

V. Una evidencia de la intervención estatal en el ámbito doméstico en contextos de emergencia

A su turno, en el ámbito doméstico, la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación recopila e informa las "Medidas del Estado argentino para la protección de los Derechos Humanos durante la pandemia" que contienen, según allí se expresa, las respuestas frente a las recomendaciones de los organismos internacionales y regionales de Derechos Humanos.

En ese listado puede verse que falta o ausencia de establecimiento de mecanismos de control y análisis de efectividad de las medidas adoptadas. No hay intervención alguna de los órganos de control.

Basta leer el índice de estos informes para verificar una desconexión de la política pública con la efectividad de las medidas y sus consecuencias. En ese sentido, y tal como dice su introducción, el objetivo del documento se limitó a repasar "brevemente" las recomendaciones emitidas por los órganos regionales e internacionales de derechos humanos respecto a la protección de derechos humanos durante la pandemia, así como las principales medidas adoptadas por el Estado argentino en los últimos meses.

Se puntualiza que *"La conclusión más significativa es que, a pesar de la grave situación sanitaria, económica y social provocada por el Covid-19, las políticas que impulsó el Gobierno nacional para mitigar su impacto se adecúan, en general, a las observaciones formuladas por los organismos internacionales de derechos humanos. Asimismo, se resalta la variedad y complementariedad de las distintas políticas implementadas, lo que demuestra que todas las áreas del gobierno nacional se abocaron a enfrentar, dentro de*

158 El Poder Ejecutivo, mediante el DNU 690/2020, declaró como servicios públicos esenciales a los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs) y el acceso a las redes de telecomunicaciones. Se suspenden los aumentos de tarifas hasta el 31 de diciembre de 2020.

sus ámbitos de competencia, los efectos de la pandemia en los derechos fundamentales de la población".

Como vemos, nada se dice este informe respecto de los resultados de las medidas implementadas ni de la evaluación de las políticas públicas diseñadas para afrontar la pandemia. Por el contrario, sólo se hace referencia al accionar judicial, cuando afirma que *"Entre los temas de preocupación, sin embargo, se advirtieron resistencias, por parte de muchos tribunales del país, para implementar las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos en materia de descongestión del sistema penitenciario; así como varios hechos de violencia institucional producidos por fuerzas de seguridad federales y provinciales que comenzaron con intervenciones policiales abusivas destinadas a hacer cumplir el aislamiento obligatorio"*

VI. La cuestión desde la perspectiva del control judicial

La constelación jurisprudencial referida al Estado sanitario luce dispersa. En rigor, la dinámica jurisprudencial acompañó, de algún modo, la expansión o propagación de los contagios del virus Covid 19.

En efecto, un relevamiento general de la jurisprudencia de los tribunales (de cualquiera de las instancias) especializados, muestra casos que resolvieron y/o trataron (sobre todo en el marco de peticiones cautelares) conflictos suscitados por las medidas regulatorias dictadas por las autoridades públicas para atender y/o abordar la pandemia del Coronoravirus.

La siguiente es una clasificación muy provisoria y, por cierto, sin pretensión de exhaustividad, que muestra algunos casos referidos a esta temática en los que se encontraban o encuentran controvertido el alcance de los derechos fundamentales.

En relación al derecho a la salud junto con el derecho a la vida como principales bienes jurídicos tutelados en el Estado sanitario, se entablaron demandas presentadas por personas residentes en establecimientos Geriátricos o Residencias para personas mayores formulando pedidos de traslado de los residentes con el propósito de prevenir la posibilidad de contagios masivos. De igual modo, hubieron demandas promoviendo solicitudes y pedidos de vacunación anticipada o prioritaria invocando causales especiales o de vulnerabilidad de los interesados.

Por otra parte, también se originaron causas por parte de Asociaciones de Profesionales o por profesionales de modo individual con el propósito de mantener determinadas condiciones laborales o asegurar la existencia de los elementos de prevención y/o bioseguridad en contextos de pandemia. Vinculado con ello,

se suscitaron pretensiones de traslados de personas entre distintas jurisdicciones invocando razones de salud o para continuar con tratamientos o acompañamiento de familiares, entre otros.

El derecho a trabajar y ejercer industria lícita también fue puesto en tensión en los contextos de emergencia para mantener en funcionamiento su giro comercial. En efecto, la jurisprudencia exhibe reclamos de empresas para continuar trabajando o en actividad solicitaron no quedar incluidas en las normas referidas al Aislamiento Social Preventivo Obligatorio dispuesta por el Estado para prevenir contagios, como por ejemplo, la actividad turística, la vinculada con la obra y servicios públicos, entre otras.

Una de las cuestiones más relevantes que se presentó en este contexto de pandemia tuvo que ver con las causas cuestionando la declaración de servicio público a las tecnologías de la información (TICs) efectuada mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia No. 690/20).

En efecto, la Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo Federal rechazó los recursos extraordinarios interpuestos por el Estado Nacional y el ENACOM (Ente Nacional de Comunicaciones), en la causa "Telecom Argentina SA c/ EN-ENACOM y otro s/Medida Cautelar". Allí, la mencionada empresa solicitó la suspensión del DNU 690/20, que declaró a los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs) como servicio público esencial, por considerarlo inconstitucional. Posteriormente amplió el pedido cautelar contra las resoluciones reglamentarias del decreto, dictadas por el Ente Nacional de Comunicaciones.

Por decisión de la mencionada Sala se admitió la medida cautelar solicitada por Telecom, al revocar la decisión de la instancia de origen. Contra dicho pronunciamiento, el Estado Nacional y el ENACOM interpusieron recurso extraordinario federal, pero que fue rechazado por el voto mayoritario de los jueces Luis María Márquez y José Luis López Castiñeira. Para así decidir consideraron que *"la decisión impugnada no constituye sentencia definitiva ni equiparable a tal a los efectos del recurso extraordinario"*, que *"la medida adoptada carece de idoneidad para generar consecuencias definitivas, irreversibles o de entidad tal que no puedan ser subsanadas, revertidas o simplemente suprimidas al dictarse la sentencia definitiva"* y que *"el pronunciamiento, al margen de su error o acierto, muestra suficiente fundamentación, fáctica y jurídica, para constituir un acto jurisdiccional válido; por lo que las manifestaciones vertidas sobre el punto carecen de virtualidad ante esta instancia"*.

La decisión contó con la disidencia de la jueza María Claudia Caputi, quien se basó en el fallo Thomas para entender que *"si bien los pronunciamientos atinentes*

a medidas cautelares son regularmente extraños a la instancia revisora de la C.S.J.N., por no tratarse de sentencias definitivas, hay algunos supuestos en los que, sin embargo, procedería hacer excepción a dicha regla" siempre y cuando *"dichas medidas puedan enervar el poder de policía del Estado, o excedan el interés individual de las partes, al punto de poder afectar de manera directa el de la comunidad"*. Por otro lado, también entendió que hay ciertas excepciones por las que las resoluciones cautelares pueden equipararse a sentencias definitivas *"en función de las características de la medida cautelar ordenada y la importancia de los derechos en juego"*. Por ello *"puede deducirse que habría elementos que persuaden positivamente en punto a la concesión de los remedios intentados por el ente regulador y el Estado Nacional"*.

De igual modo y en relación a las tensiones del ejercicio del derecho a la educación y las restricciones establecidas con el propósito de evitar el contagio y/o propagación del Covid 19, la Corte Suprema de Justicia tuvo ocasión de expedirse en la causa "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/acción declarativa de inconstitucionalidad" de fecha 4 de mayo de 2021, que, en prieta síntesis, se viabilizó la posibilidad de que los alumnos pudieran asistir a clases presenciales o híbridas, siguiendo estrictos Protocolos de seguridad y prevención en los establecimientos educativos, como veremos en los apartados siguientes.

Ciertamente, son muchos los aspectos y cuestiones que pueden derivarse de estos precedentes, tales como por ejemplo, la cuestión de la legitimación tanto activa como pasiva, la naturaleza (expedita y rápida) de los trámites y la efectividad e importancia de los procesos cautelares y urgentes en situaciones difíciles o de emergencia.

De ello puede inferirse que, como se observa en la práctica judicial, las regulaciones emanadas del Estado de emergencia sanitaria obran como dinamizador o acelerador de cambios organizativos y procedimentales en el Procedimiento Administrativo y en el Proceso Contencioso Administrativo, como por ejemplo, mediante una mayor digitalización e informatización de los trámites, entre otros posibles.

VII. El control de razonabilidad de las medidas de emergencia

La jurisprudencia muestra también la afectación del contenido esencial o núcleo duro de los derechos fundamentales (salud, educación, tránsito, trabajo, ejercer industria lícita) por decisiones adoptadas, en muchos casos, por órganos estatales de menor jerarquía, como por ejemplo, los Centros Operativos de Emergencia

sanitaria (COE). Ello tendría que llevar a corregir los mecanismos de control o ensanchamiento del Estado de Derecho de modo tal que permita la fiscalización judicial suficiente de la actividad regulatoria de estos organismos especializados.[159]

En efecto, el mecanismo de la delegación normativa observado en la Pandemia, que habilita a órganos de jerarquía inferir a resolver en función de las pautas establecidas en la norma legislativa, ha multiplicado la expansión de la actividad regulatoria, lo cual no siempre encuentra un adecuado control judicial suficiente.

El control de razonabilidad de las medidas que restringen las libertades (personales) en el marco de la Pandemia debe ser más estricto o más severo que el efectuado en épocas de normalidad.

En ese entendimiento, algún sector de la doctrina postula que el escrutinio de razonabilidad de la intervención pública restrictiva de las libertades fundamentales en este tipo de contextos debiera ser similar a lo que ocurre con el control de razonabilidad de las medidas que se erigen o afectan el derecho de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Carta Magna, interpretación efectuada en la jurisprudencia de la corte Suprema de Justicia de la Nación consagrando las llamadas "categorías sospechosas". Recordemos que las normas que consagran soluciones que importan verdaderas categorías sospechosas se presumen inconstitucionales y, en consecuencia, en esos casos se invierte la carga de la prueba pues es el Estado quien debe probar la no afectación del interés de público. Un temperamento similar se propicia respecto de las normas que, en contextos de emergencia, disponen la afectación de los derechos fundamentales de las personas.

VIII. El Estado de Derecho Social y Sanitario: análisis de efectividad

Dicho lo anterior, es posible efectuar una apreciación de la eficacia (resultados) y de eficacia (menores costos/ impactos posibles en los derechos humanos involucrados) de las regulaciones sociales adoptadas en el marco de la emergencia.

La evidencia, la información y todas las enseñanzas y experiencias que arroja la práctica —administrativa/judicial— permiten obtener estándares y construir lineamientos para apreciar la efectividad de la intervención, tal como propiciamos En términos de la llamada *Teoría de las Decisiones Racionales*, puede decirse que existe información que puede y debe ser utilizada para la mejora de los procesos

159 ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, El control judicial de las entidades reguladoras, La necesaria expansión del Estado de Derecho, Revista de Administración Pública, ISS: 0034-7439, núm. 182, Madrid, mayo-agosto (2019), págs. 9-37.

decisionales públicos y los protocolos de trabajo en contextos de emergencia. Ello puede ocurrir de modo "natural u ordinario" (p.ej. cuando un Protocolo Sanitario se adecúa según realizarse de modo "orgánico, reglado y planificado" cuando, por ejemplo, la decisión adoptada se fundamenta suficiente justificación para su adopción; como por ejemplo, en acaeció en el citado caso de las clases presenciales suscitado entre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Estado Nacional en el marco de la situación de emergencia sanitaria.

En efecto, en la acción presentada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contra el Estado Nacional para obtener que se declare la inconstitucionalidad del art. 2 del Decreto 241/2021, que estableció la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, en el Área Metropolitana de Buenos Aires y se dispusiera, como medida cautelar, la inmediata suspensión de sus efectos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso que corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema. La misma se sustanciará por las normas del proceso sumarísimo del art. 322, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), por el plazo de cinco días (art. 498, inciso 3, del código citado).

El considerando 19 del voto de la mayoría en esta causa "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/acción declarativa de inconstitucionalidad" se consagra un examen de efectividad en concreto y puntualiza que *"El test/examen de evaluación competencial debe efectuarse una "justificación suficiente" del ejercicio de la potestad"*. Tal es el estándar a considerar con el propósito de ponderar la razonabilidad de la intervención estatal en esta materia.

Vemos, en definitiva, la importancia que posee la información y la evidencia para la vigencia efectiva y plena del Estado de Derecho y el resguardo de los derechos sociales.

X. Algunas consideraciones finales

Las reflexiones efectuadas en este trabajo nos permiten afirmar, en primer lugar, que las limitaciones del derecho administrativo para dar respuesta los problemas que se presentan en los contextos complejos y cambiantes constituyen verdaderas aporías si se permanece en las estrategias conocidas que, en muchos casos, no evidencian resultados superadores, sino que, por el contrario, producen las mismas consecuencias e implicancias prácticas de siempre.

Con esa proyección, a partir de una mirada de la práctica administrativa y jurisprudencial suscitadas con motivo de la emergencia sanitaria —como típica expresión de los contextos complejos y cambiantes—, se advierte que esa práctica suministra elementos relevantes e información imprescindible para el análisis y la adopción de decisiones públicas eficientes. Dichos elementos son el insumo necesario para una dinámica virtuosa del proceso regulador sanitario que permite calibrar la calidad de ese proceso regulatorio.

Asimismo, el Estado Federal es una oportunidad inmejorable para decantar las mejores prácticas en términos de eficacia y eficiencia como hemos definido en este trabajo. Ello porque la regulación de los derechos sociales está sujeta al análisis de costos y beneficios, consecuencialistas e institucionales al que puede someterse toda regulación.

Por cierto y teniendo en cuenta los requerimientos de la nueva *gobernanza*, las técnicas algorítmicas subyacentes a los sistemas informáticos debieran inexorablemente nutrirse con dicha información como la propiedad relevante que deben considerar dichos sistemas en los controles automáticos. O de otro modo, ningún algoritmo del que resulte una decisión/control puede prescindir de elementos cualitativos de control de efectividad. Es más, también podría emplearse de modo propositivo; es decir, que permita un rol adaptativo de la decisión frente a la frustración en el logro de los resultados esperados u otras variables establecidas.

En definitiva, las consideraciones formuladas en esta colaboración no son sino apreciaciones personales en torno a los cambios y transformaciones del Estado actual y el modo en que ellas deben ser receptadas en nuestra disciplina. Siempre con la vocación de conducir a soluciones prácticas y eficientes para los ciudadanos comunes. Porque, al fin y al cabo, como enseña autorizada doctrina, la función del administrativista es destacar, más allá de la abrumadora carga legislativa y reglamentaria de estos tiempos, cuál es el modo equilibrado de atender actualmente a los principios inspiradores de las instituciones tradicionales y, asimismo, de modelar, también con equilibrio, el contenido de los que dan forma a las instituciones nuevas[160].

160 COMADIRA, Julio, Derecho Administrativo, 2da. Edición, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, ISBN 950-20-1511-8, Bs.A. 2004, pág. 957.

LA INVESTIGACIÓN PRE PROCESAL Y PROCESAL PENAL DE LOS DELITOS COMETIDOS POR LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL, DESDE LA PERSPECTIVA DEL COIP

MGS. JUAN CARLOS VIVAR ÁLVAREZ. PHD.

Como punto de partida es de suma importancia considerar que los medios de comunicación social, en gran parte del ejercicio de sus funciones, transgreden derechos y principios constitucionales, que además gozan de un respaldo supra e internacional por los diversos Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos que el Ecuador ha suscrito a lo largo de su historia. Principalmente, violan el derecho al honor y al buen nombre, establecido en el capítulo sexto, Derechos de Libertad, Art. 66 numeral 18, así como el derecho a la honra, consagrado en el Art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

> **"Art. 66.-** *Se reconoce y garantizará a las personas: 18. El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona"* (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

> **"Art. 12.-** *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques"* (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).

> **"Art. 11.-** Protección de la honra y dignidad: *1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques"* (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969).

Ahora bien, es de gran relevancia poner de manifiesto que, generalmente, se suele concebir y aceptar como sinónimos al honor y a la honra, sin embargo, existe una diferencia radical entre ambos, misma que el autor Jaime Ramírez[161] expone

161 RAMÍREZ, Jaime. *"Honor, honra y reputación"*. Revista Jurídica Piélagus, 2(1), 2003, p. 71. https://doi.org/10.25054/16576799.545.

con gran claridad: *"El honor se refiere a la conciencia del propio valor, independiente de la opinión ajena; en cambio la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno, con independencia de que realmente se tenga o no honor; uno es el concepto interno —el sentimiento interno del honor, y otro el concepto objetivo externo que se tiene de nosotros —honra".*

De allí que como es de conocimiento masivo, la transgresión y violación a los derechos previamente señalados constituyen una conducta penalmente relevante, que se encuentra tipificada en la sección séptima, Delito contra el Derecho al Honor y Buen Nombre, Art. 182 del Código Orgánico Integral Penal (COIP): **Calumnia:** *"La persona que, por cualquier medio, realice una falsa imputación de un delito en contra de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años…".*

El delito de calumnia le concierne al ejercicio privado de la acción penal, acorde a lo establecido en el Art. 415 del Código ibídem.

> **"Art. 415.-** Ejercicio privado de la acción penal.- *Procede el ejercicio privado de la acción en los siguientes delitos… 1. Calumnia"* (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Con estos antecedentes, es necesario dar a conocer que son los medios de comunicación, en su mayoría, quienes sirven como canales emisores de mensajes para que se llegue a la consumación del delito previamente referido, por cuanto valiéndose del derecho a la libertad de expresión permiten que cualquier persona vierta comentarios sobre temas de aparente interés social, sin embargo, dentro de ellos muchas veces se ven involucradas y afectadas terceras personas en atención a que se realizan acusaciones, por ejemplo, así como catalogaciones y denominaciones peyorativas en su contra, afectando notablemente a sus derechos constitucionales al honor, buen nombre y a la honra, pero principalmente a su integridad y dignidad, bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico interno y el sistema internacional e interamericano de Derechos Humanos.

Es ante esta problemática que la Corte Constitucional del Ecuador en Sentencia 048-13-SEP-CC[162] determinó que:

> «La dignidad de la persona, limita el derecho a la libertad de expresión reconociendo los denominados derechos de la personalidad: ***el derecho***

162 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 048-13-SEP-CC del 31 de julio del 2013. http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/8383deae-16c5-4ca5-a55a-3c7ae2d2b011/0169-12-ep-sen-dam.pdf?guest=true

> ***al honor, a la intimidad y a la propia imagen***. *El derecho al honor alude, desde una vertiente personal, a la conciencia que uno tiene de su propia dignidad moral, a la autoestima. Desde una perspectiva social el derecho al honor sería la imagen que los demás tienen de nosotros, esto es, la reputación, buen nombre o fama que uno tiene ante los demás*. ***La violación de este derecho al honor ocurre cuando públicamente se imputa a una persona hechos falsos que menoscaban su reputación o atentan contra su autoestima»***.

De igual forma, la Corte Constitucional del Ecuador en Sentencia **047-5-SIN-CC**[163], afirmó:

> «De acuerdo a la norma de derecho internacional, ***el derecho al honor,*** *entonces, se fundamenta en el reconocimiento de la dignidad de las personas, al igual que la prohibición de cualquier intromisión, sea por parte de agente privado o público, dentro de la vida personal;* ***ni ataques que puedan afectar la honra individual o colectiva***.
>
> *Así, cuando un individuo se considere afectado en su reputación o dignidad, tiene el derecho, de conformidad con los artículos 75 de la Constitución de la República, 4 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos,* ***de acceder a la justicia y mecanismos judiciales idóneos que permitan la pronta reparación del derecho vulnerado***. *Es decir, el Estado deberá garantizar el acceso efectivo a mecanismos judiciales idóneos que permitan la reparación del derecho, entre ellos el derecho penal.*
>
> *En otras palabras,* ***al verse vulnerado el derecho al honor de un individuo****, el afectado tiene el derecho de acudir a la justicia para someter esta controversia a que sea resuelta por los jueces pertinentes quienes realizarán sus actuaciones con apego al marco constitucional y legal vigente,* ***a efectos de precautelar la seguridad jurídica»***.

En este sentido, queda claro como la Corte ha desarrollado jurisprudencia respecto a estos derechos fundamentales, señalando expresamente que la violación de éstos ocurre cuando públicamente se imputa a una persona hechos falsos que menoscaban su reputación o atentan contra su autoestima, por lo que admite la posibilidad y reconoce el derecho que las personas afectadas tienen para acudir a la justicia y que se resuelva esta violación precautelando la seguridad jurídica. Es de suma importancia la exposición de los derechos al honor, buen nombre y

163 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 047-15-SIN-CC, 12 de agosto del 2015. http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/16721d8e-4544-4cb3-a383-b1499054d62a/0057-11-is-sen.pdf?guest=true.

a la honra dentro del presente trabajo de investigación por cuanto los medios de comunicación social adecúan su conducta al tipo penal establecido en el Art. 182 del COIP durante la transmisión de sus programas, muchas veces sin saberlo o sin tomar en cuenta las afectaciones que están ocasionando a terceros, por lo que dan paso a que proceda el ejercicio privado de la acción penal mediante querella.

No se puede dejar de lado que las noticias, reportajes, entre otros, que se transmiten o publican a través de los medios de comunicación social, cuando no han sido del todo analizadas y comprobadas, derivan en transgresiones a la integridad y dignidad de las personas, tanto así que en ocasiones existen jueces que sentencian por la mera exposición mediática en torno al caso, o porque ya concibió una percepción anticipada de éstas, vulnerando el principio de inocencia con el que contamos todas las personas hasta que no exista una sentencia condenatoria en nuestra contra que declare la culpabilidad sobre los hechos controvertidos.

Si bien es cierto, en el Ecuador existió también el tipo penal de la injuria calumniosa dentro del Código Penal, sin embargo, tras la promulgación del Código Orgánico Integral Penal en el Registro Oficial, se derogó al anterior Código y al tipo penal mencionado, para establecer propiamente el delito de calumnia cuando se atenta contra el derecho al honor y buen nombre de las personas.

A modo de jurisprudencia comparada, resulta conveniente tomar en cuenta la Sentencia No. T-412/92 de la Corte Constitucional de Colombia[164] debido a que en su legislación, en los artículos 222 al 228 del Código Penal, se encuentran la calumnia y la injuria como dos tipos penales distintos, por lo que la Corte aclaró que:

> *"Comete injuria el que hace a otros imputaciones deshonrosas, que menoscaban su reputación o su buen nombre dentro de la comunidad, mediante hechos que pueden ser ciertos o falsos pero no punibles. Incurre en calumnia el que imputa falsamente a otro un delito o una contravención".*

Del mismo modo, que los medios de comunicación social sean mal utilizados como una fuente para verter comentarios que constituyen calumnias no solo transgreden los bienes jurídicos protegidos y los derechos previamente señalados, sino también atentan directamente contra la moral de las personas. Para explicar esto sería de gran aporte al presente trabajo de investigación referirme

164 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-412/92, del 17 de junio de 1992. T-412-92 Corte Constitucional de Colombia.

al punto de vista del reconocido jurista Miguel Hernández[165], quien plantea la cuestión de determinar si la moralidad pública puede ser un límite establecido por el legislador, o si tal límite afectaría al contenido esencial de la libertad de expresión, estableciendo así lo siguiente:

> *"Tanto Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, y en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, se prevé que el legislador puede establecer límites con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral (art. 29.2 de la Declaración), para la protección de la moral pública [art. 19.3 b) Convenio de Nueva York], para la protección de la moral (art. 10 Convenio de Roma). El principio de interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución),* ***nos lleva así a la conclusión de que el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador como límite de las libertades".*** (Hernández, 2008, p. 58).

En virtud de todo lo mencionado, es notorio que los medios de comunicación social, cuando no investigan ni comprueban la información que emiten en el ejercicio de sus funciones, incurren en violaciones a los derechos esenciales de las personas, sin considerar dentro del Código Orgánico Integral Penal se encuentran tipificadas estas conductas como delitos contra el honor y buen nombre, por lo que a continuación se explicarán otras cuestiones relacionadas estrechamente con esta introducción que versa puntualmente sobre los derechos al honor, buen nombre y a la honra en el contexto de los medios de comunicación social, tales como la responsabilidad, medidas cautelares, de protección, entre otros, no sin antes citar al jurista Juan Larrea Holguín[166], quien afirma… *"Los sujetos protegidos por el derecho al honor son todos los seres humanos, y* ***no solo aquellos que revistan el carácter de ejemplares e intachables».***

> ***Art. 513.- Responsabilidad***
>
> *"Las o los directores, editores, propietarios o responsables de un medio de comunicación social responderán por la infracción que se juzga y contra él se deberá seguir la causa, si a pedido de la o el fiscal no manifiesta el nombre de la o el autor, reproductor o responsable de la publicación. Igualmente serán responsables*

165 HERNÁNDEZ, Miguel. *"El contenido esencial de los derechos y su aplicación jurisprudencial"*. Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 2015. http://201.159.223.180/bitstream/3317/3756/1/T-UCSG-POS-MDC-6.pdf

166 LARREA HOLGUÍN, *"Derecho Constitucional"*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Vol. 1, 2000, p. 131.

cuando la o el autor de la publicación resulte o sea persona supuesta o desconocida" (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Para hablar sobre los medios de comunicación y su responsabilidad en el ámbito penal, debemos partir desde la premisa establecida por la (Constitución de la República del Ecuador, 2008), en su artículo 18, numeral 1: "*Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información* ***veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior***"[167]. Con esto, se debo puntualizar el hecho de que se busca que la información que se ofrezca deba constar de estas características, su veracidad en relación a lo conocido como cierto y siendo esta lo más próxima a esta o que se pueda constatar con los hechos, sucesos, testimonios, pruebas. Al momento o en un periodo corto de haberse producido, con el mínimo tinte de subjetividad, tomando que cualquier cosa establecida o reproducida tendría sus consecuencias en la sociedad, tanto como en un ámbito social y jurídico.

Aquí es cuando aparecen los medios de comunicación masivos, basados desde el modelo común de emisor y receptor y posteriormente con lo presentado por Riley y Riley[168] en cuanto a que la información pasaba a ser procesada de un grupo primario y secundario, dentro de la esfera de un emisor y esto era presentado a los remisores, en este caso, las demás personas, basadas de un contexto social y así mismo, en respuesta se creaba una reacción o mensaje hacia el hecho principal.

Ya desde un punto más focalizado, a lo largo de los años se ha podido observar el poder de los medios de comunicación en la sociedad ecuatoriana, a tal punto que ha sido considerada como otra autoridad influyente en las decisiones jurídicas, debido a este proceso cognoscitivo generado en ese constante flujo comunicativo, aunque no nazca de una legislación, pero que debido a su fuerza de dispersión, circulación y enlace hacia el público de forma generalizada, ha conllevado a que sea capaz de cambiar la situación de cualquier circunstancia, persona u objeto, presentados mediante sus intercambios informativos y en consiguiente a que en un sinnúmero de veces puedan orientar a que genere un fin que beneficie o perjudique a los involucrados.

La comunicación adquirida es capaz de intervenir dentro de cada individuo, formándolo con ideas preconcebidas que emergerían en un criterio el cual lo

167 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador,* Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 17 numeral 1.

168 Tomado del documento compilatorio elaborado por Galeano, César Ernesto "Modelos de Comunicación", *Universidad de Antioquia*, Colombia. http://huitoto.udea.edu.co/edufisica/motricidadycontextos/modelos.pdf.

llevarían a tomar ciertas decisiones, ahora eso sumándolo a una mayor cantidad de personas, podrían crear una inferencia en cuanto a la actividad colectiva social, por lo que repercusión generaría hasta un cambio de grandes escalas. Es así que el ser humano se ha visto envuelto en varias corrientes y cambios al momento de ejercer su propia voluntad.

Por lo cual, gracias a esta capacidad que se le ha otorgado de forma empírica a los medios, siendo esta concebida primordialmente por el actuar de los propios ciudadanos, llegase hasta el punto en que se requiera un mayor control en las noticias que se difundan. Las formas en que estas sean manejadas y la calidad de veracidad detrás de las fuentes, pruebas y planteamientos presentados en cada uno de sus reportajes; todo lo expresado por un emisor sería capaz de promover un nuevo punto de vista y más si proviene de una fuente que usualmente se consideraría confiable.

Sin embargo, se debe hacer hincapié que ya sea por un medio de información masivo grande como alguna televisora, radio, prensa o mediante redes sociales, portales, blogs/vlogs —la palabra vlogs es usada para los blogs realizados mediante grabaciones audiovisuales—, aún más si estas poseen mayor audiencia, lo que realmente hacen es ofrecer un servicio y dar un rápido alcance al cumplimiento del derecho de comunicación e información.

Entre las características de este artículo, de acuerdo a la estructura del tipo, tenemos que, se han tipificado a los autores del hecho, que no solo se limita a la persona que pudo haber sido la creadora de la noticia o su distribución, incluso la fuente, sino todo el organismo en el que se encontrara, es decir, un delito plurisubjetivo, de carácter común ya que no requiere una cualificación determinada, añadiendo que se establece el resultado como tal del ya sea material o que se encontrara que esa información haya producido un daño dentro de la esfera social.

Comenzando por el inicio del capítulo IV, nos insertamos en el proceso de investigación, partiendo que poseen un ámbito de reglas especiales dentro de la normativa penal. Como tal en el artículo presentado nos especifica en quiénes recaerían la responsabilidad y posteriormente la pena, siendo el imputable adecuadamente establecido en la norma e incluso en los casos donde no se pueda manifestar un autor material como tal del hecho y hasta dónde el fiscal puede extenderse en cuanto a la acusación de un responsable, en este caso poniendo como ejemplo, que como tal no se conozca quién fue el escritor de la noticia, pero si esta se hallare publicada en un medio importante televisivo, la culpa recaería en los propietarios del mismo. Y así sucesivamente en su rama jerárquica interna

del proceso de difusión, pudiendo ser los directores, editores y concluyendo sobre la "persona supuesta o desconocida".

En relación a este artículo tenemos a las siguientes concordancias:

> (Ley Orgánica de Comunicación, 2013) o también conocida como LOCom… *"Art. 20.- Responsabilidad ulterior de los medios de comunicación.- Habrá lugar a responsabilidad ulterior de los medios de comunicación, cuando los contenidos difundidos sean asumidos expresamente por el medio o no se hallen atribuidos explícitamente a una persona".*

Y de la misma ley mencionada en el párrafo anterior:

> *"Art. 40.- Derecho a la reserva de la fuente.- Ninguna persona que difunda información de interés general, podrá ser obligada a revelar la fuente de la información. Esta protección no le exime de responsabilidad ulterior. La información sobre la identidad de una fuente obtenida ilegal y forzadamente, carecerá de todo valor jurídico; y, los riesgos, daños y perjuicios a los que tal fuente quede expuesta serán imputables a quien forzó la revelación de su identidad, quedando obligado a efectuar la reparación integral de los daños"* (Ibíd.).

En ambos artículos se recalca la responsabilidad, aunque como tal la LOCom determina que en caso de que no se hallare a un solo responsable, se ejecutará hacía con el medio de comunicación y sus representantes.

Y que bien, aunque no se exhiba hacia la persona que como tal ha sido ejecutora del acto ilícito, esto no implicaría a que no se ejecutara el artículo 20 de esta nombra ley orgánica, sino que, a su vez, la imputabilidad se vería aplicada a aquella que forzó incluso el revelamiento de la información obtenida. Notándose el peso que recae sobre el manejo de la información debida e incluso en dónde se adquiere la averiguación que ha sido dispersada.

Comentario:

En este capítulo de la legislación penal el legislador busca de alguna manera despertar en el espíritu de la norma un cierto ámbito de responsabilidad y concientización por parte de los responsables de la comunicación social teniendo en cuenta que hoy al referirnos a comunicación es el todo de lo que acontece en la sociedad teniendo no solo a los medios tradicionales como la prensa escrita, radio y televisión, sino a los medios mediáticos que ahora lo constituyen las redes sociales como Facebook, Instagram, Twitter entre otros ya que su alcance está a la mano de cualquier ciudadano.

Los antes mencionados reciben significativo eco por parte de la televisión tradicional en específico, hoy vemos segmentos de noticieros que dedican buena parte de sus espacios a reproducir contenidos emitidos por redes sociales y que de los mismos generan comentarios que en la mayoría de ellos no es información contrastada, sino que dan crédito mediático al punto de vista del cibernauta.

La ley de comunicación del Ecuador tuvo significativas observaciones, críticas y demás por ser considerada como la máxima expresión de atropello a un derecho fundamental que es la libertad de expresión, pero hasta qué punto se podría ponderar de manera objetiva un abuso de la ley hacía los medios y cuando verdaderamente los medios lesionan indiscriminadamente el buen nombre de una persona es por ello que cabe establecer y entender que es lo que el código orgánico integral penal quiere que se reconozca por parte de la sociedad.

Por ello, se le da importancia al tener en cuenta dos claras perspectivas desde la mirada de los posibles sujetos activos de la infracción penal y cuál es el rol que cumplen como autores de un delito comunicacional, para lo cual deberían ser muy cuidadosos de que es lo que trasmiten al público sin que esto trastoque su línea editorial.

Si bien es cierto debemos de tener claro que la comunicación basa su enfoque en percepciones ciudadanas que hagan que su mensaje llegue e impacte de una suerte que se convierta en un efecto multiplicador significativo no es menos cierto que el derecho al contrario busca acercar al ciudadano a una realidad de los hechos llegando siempre a la verdad procesal.

Es en las manos de una comunicación responsable poder dar a conocer a las autoridades cual es la fuente y autor de donde se extrajo la información puesta en pantalla o por cualquier medio ya que de no ser así el responsable serían ellos.

Pudiese manifestarse como una suerte de criminalización de los medios, pero los mismos son una vía directa e influyente a la toda la sociedad y si el derecho penal no interviene se afectaría de significativa manera a otros bienes jurídicos protegidos de otros ciudadanos.

He ahí la gran disyuntiva que surge al respecto. Como lo manifesté en líneas anteriores los medios de comunicación son los llamados a mantener la paz de los Estados, buscando transmitir una información verificada e imparcial que su principal accionar sea orientar y mantener informada a la sociedad.

Artículo 514.- Remisión

> *"Las o los directores, administradores o propietarios de las estaciones de radio y televisión, estarán obligados a remitir, cuando la o el fiscal lo requiera, los filmes, las videocintas o las grabaciones de sonidos. De no hacerlo, el proceso se seguirá contra ellos. La o el fiscal concederá el plazo de tres días para la remisión, previniéndole de su responsabilidad en caso de incumplimiento"* (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En este artículo hay que partir desde el hecho que se genera mediante el actuar de una persona que esté ya sea en relación de dependencia dentro de cierta entidad y que ocurriera si esta se llegara a publicar, difundir o dar a conocer una información dentro del medio.

Siendo así, se comienza por plantear que esta no consista dentro de la responsabilidad ulterior, ya que, si bien se es notario, la propia ley estipula que los directores, administradores o propietarios de dichas instituciones estarán obligados a remitir —he aquí de donde proviene el significado de la palabra remisión que solo se basa en la entrega de las pruebas, en este caso lo que el fiscal requiera, sean videos en las respectivas unidades de almacenamiento, audios, grabaciones, y lo que correspondiera— lo solicitado en un tiempo designado para así evitar le responsabilidad del acto delictivo.

Por consiguiente, podemos ver los principios que se evalúan dentro del tipificado, en este caso el de celeridad e inmediatez ya que busca que se logre con mayor agilidad el proceso en el que se incurra, del mismo modo que en este se presenten las pruebas necesarias para generar una contribución al sistema acusatorio, y que si la entidad como tal es capaz de eximirse de la responsabilidad, ya que en caso de no presentar lo solicitado, se recurriría a lo último del inciso.

Otros de los principios que se resaltan es el de "principio general de buena fe", teniendo en cuenta la premisa que actuar conforme al derecho significa secundar a las autoridades con lo que sea precisado y como consecuencia de esto, determinar la existencia o no de un acto penalmente relevante.

¿Qué es un acto penalmente relevante? El Código Orgánico Integral Penal (COIP) habla de esto en el artículo 22, lo cual puede resumirse como el hecho que se *"produzca un resultado lesivo"*[169]. Con esto en base, si la noticia llegara a causar algún tipo de daño a una persona o cierto grupo de personas, le ejecución que se daría se vería basada en un hecho que ya ha perjudicado a alguien, un "tercero"

169 *"Artículo 22.- Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o* ***producen resultados lesivos****, descriptibles y demostrables. No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales".* (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

que requeriría algún tipo de reparación por el derecho que se le fue afectado a primera vista.

Por otro lado, hay que distinguir a este tipo de responsabilidad con respecto la responsabilidad de los superiores[170], porque aun cuando pueda existir que un subordinado haya actuado a voluntad de un director de "x" lugar o que haya sigo una orden directa impuesta por alguien más dando una amenaza de despedirlo de su empleo o afectarle en más de un sin número de posibilidades, en este artículo se asume que la persona que esté a cargo como tal no posee un conocimiento amplio de lo ocurrido, pero tienes las evidencias que acusan a la persona involucrado, por tal motivo, ellos deben remitir toda la información o evidencias hacia el fiscal para que continúe, siempre y cuando sea un delito de acción pública.

Sin embargo, este artículo hace relación en cuanto a la responsabilidad emitida por civiles que están en un puesto jerárquicamente superior a los implicados[171] así que de cierta forma el derecho internacional, podría evaluarlo, mas sin olvidar que el derecho penal se basa únicamente por el principio de legalidad y de no interpretación, entonces los propios legisladores deberían traer esa normativa para dejar en claro los parámetros o la base fundamente tras lo escrito en este artículo.

Comentario:

Lo que refiere el presente articulado es la responsabilidad del envío inmediato de cualquier tipo de material audiovisual que fue generado o reproducido en

170 La responsabilidad de los superiores comprende dos conceptos respecto a la responsabilidad penal. El primero de estos radica en que el superior es el responsable de forma directa por ordenar a quienes son subordinados al cometimiento de actos ilícitos. Así, los subordinados que mantengan una defensa alegando que cumplían órdenes emitidas por sus superiores, podrían evitar que se les impute la responsabilidad si es que, en atención de las circunstancias, se hubieran visto obligados a obedecer, o no, la orden de los superiores. El segundo concepto versa sobre la responsabilidad del superior, en el que es éste a quien se lo puede considerar como responsable por la conducta penalmente relevante que ha sido llevada a cabo por uno de sus subordinados. El concepto de responsabilidad superior constituye un mecanismo de responsabilidad indirecta, mismo que tiene como eje central la omisión de actuar del superior (Servicio en asesoriamiento en Derecho Internacional Humanitario , 2014).

171 En el mismo sentido, un superior jerárquico que tenga un vínculo que sea diferente al militar con sus subordinados, en el contexto penal, es responsable por los crímenes cuya competencia recae en la Corte y que hayan sido llevados a cabo por sus subordinados atendiendo a su autoridad y control efectivo, siempre que: 1) haya llegado a su conocimiento, o haya ignorado información que denotara claramente que sus subordinados estaban ejecutando esos crímenes, o bien se proponían hacerlos; 2) los crímenes mantengan estrecha relación con actividades que se encuentren bajo su responsabilidad y control efectivo; y, 3) no hubiere tomado todas aquellas medidas consideradas como necesarias y razonables que hayan estado a su alcance con miras a prevenir o evitar su consumación, o a su vez para dar a conocer el asunto a las autoridades que sean competentes para que procedan con la respectiva investigación y enjuiciamiento, de ser necesario (Ibíd.).

sus medios ya que de no hacerlo en el tiempo que el Fiscal lo requiera se hará extensivo la investigación o la responsabilidad de la misma a los directores, administradores o propietarios de las estaciones de radio y televisión.

La Fiscalía General del Estado cuenta con una Unidad de Investigación llamada Actuaciones Administrativas la misma que tiene como rol hacer cumplir con los requerimientos de los ciudadanos afectados en el caso particular por algún tipo de reportaje y después de que se recabe dicha información se determinará el cometimiento de una conducta penalmente relevante y se continuará con el trámite pertinente, teniendo en cuenta que el Fiscal en uso de las facultades establecidas en el artículo 444 del COIP, podrá solicitar el diligenciamiento y será importante también la coordinación que se pueda tener con el medio de comunicación de acuerdo al art. 16 y 226 de la Constitución de la República.

Art. 515.- Exhibición previa

"Antes del ejercicio de la acción penal, la o el fiscal de oficio o a petición de la persona que se considere afectada deberá requerir al o el director, editor, propietario o responsable del medio de comunicación, para que informe el nombre de la o el autor o responsable del escrito, enviando una copia del mismo. En los demás casos deberá pedir además del nombre, la remisión de los filmes, videocintas y grabaciones mencionadas anteriormente" (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Empezando por el hecho del análisis del artículo, se debe partir tomando en cuenta las reglas del procedimiento ordinario, desde la fase de investigación previa, en el cual el fiscal —estableciéndose que ya sea por su propio actuar o en caso de haberse solicitado por una de las partes, en este caso a aquella que se le haya menoscabado sus derechos— da paso a que se otorguen los nombres de los que crearon la noticia, publicaron o el implicado ya en el caso que este recaiga solo sobre uno en específico o un grupo definido.

El fiscal, como parte de sus atribuciones otorgadas por el COIP[172] en el artículo 444, establece que "recibirá las denuncias en los delitos que procedan del ejercicio público de la acción" y además que será el que formule los cargos, impulse y sustente la acusación, por ende requiere de los nombres de los acusados en concreto, aplicando el principio de oportunidad, con el cual se establecerá, en esta fase pre-procesal, si existe un dictamen acusatorio o abstentivo.

En otras palabras, es el inicio y un requisito de procedibilidad para la acción penal, tomando en cuenta que se realizaría el comienzo del ejercicio de la acción penal, para que exista el análisis el mismo y todo el procedimiento investigativo.

Además, que el hecho se pone a disposición de la autoridad, sea en este caso por el fiscal y de acuerdo al dictamen que se obtenga, parta hacia ya la actividad procesal: su importancia radica a su vez al momento en que se quiera contabilizar para su prescripción y que existe esa relación entre lo ejecutado por el artículo anteriormente estudiado y este, es decir el impulso procesal que corresponde entre el querellante y el fiscal, sus determinadas actuaciones, peticiones y diligencias para dar comienzo al trámite.

Esta situación entre la relación de lo que se remitiera al fiscal posee una relación intrínseca con la finalidad de asegurar los elementos base de esta posible acusación, buscando un respaldo en que una vez que el fiscal conozca de esto, el resguardo de los respaldos, en este caso nombres del autor, cintas de video, etc., serán entrados a la cadena de custodia, porque se busca a que se evite la pérdida de evidencias, estas sean modificadas o alteradas posteriormente, es decir que se conozca el hecho oportunamente, sabiendo a que se ha presentado una premisa con un respaldo, que en palabras de (Pereira, 2013, pág. 80) acota lo siguiente para lo manifestado:

> *"Las medidas de aseguramiento están encaminadas a mantener fuentes de prueba para evitar que por determinadas conductas (personales o naturales) pueda verse*

172 *"Artículo 444.- Atribuciones de la o el fiscal.- Son atribuciones de la o el fiscal, las siguientes: 1. Recibir denuncias escritas o verbales en los delitos en los que procede el ejercicio público de la acción. 2. Reconocer los lugares, huellas, señales, armas, objetos e instrumentos con la intervención del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o personal competente en materia de tránsito, conforme con lo dispuesto en este Código. 3. Formular cargos, impulsar y sustentar la acusación de haber mérito o abstenerse del ejercicio público de la acción. 4. Disponer al personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o al personal competente en materia de tránsito, la práctica de diligencias tendientes al esclarecimiento del hecho, salvo la recepción de la versión del sospechoso. 5. Supervisar las disposiciones impartidas al personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o a la autoridad competente en materia de tránsito. 6. Recibir las versiones de la víctima y de las personas que presenciaron los hechos o de aquellas a quienes les conste algún dato sobre el hecho o sus autores".* Código Orgánico Integral Penal. 2014. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero. Artículo 444.

frustrada la práctica de una prueba. (…) este sujeto puede continuar teniendo las mismas razones para, por ejemplo, hacer desaparecer o alterar un documento y así poner en peligro la práctica de una prueba relevante para el proceso."

Asimismo, lo que implica que se relacione con el principio constitucional de seguridad jurídica.

La seguridad jurídica[173] tiene una indisoluble relación con la tutela judicial efectiva y el debido proceso. La Corte Constitucional (sentencia No. 005-16-SEP-CC) señala que los elementos de la tutela judicial efectiva son: a) acceso gratuito y efectivo al órgano jurisdiccional; b) observancia del debido proceso; y, c) motivación de la decisión (Acción Extraordinaria de Protección, 2016, pág. 7).

Por lo que en seguimiento a lo que la ley ha otorgado en cuanto a las atribuciones del fiscal en una etapa pre-procesal que conllevara a la investigación en base a las pruebas remitidas y demás parámetros establecidos en la propia normativa, en este caso de carácter orgánico, impera sobre los ejercicios que se realicen a lo largo de cada actuación, y no solo eso, sino que protege y se mantiene la tutela judicial efectiva[174], en vistas del debido proceso.

Comentario:

De lo antes mencionado este diligenciamiento jurídico administrativo le pertenece a la Fiscalía General del Estado a través de la Fiscalía de Actuaciones Administrativas quien una vez que la persona afectada presenta el respectivo acto administrativo, procederá a despachar lo que corresponda en derecho y hará el respectivo requerimiento al medio de comunicación, estas diligencias se las realizará previo al inicio de cualquier acción penal que se tome sea por ejercicio privado o público de la acción o un ámbito contravencional.

---

173 *"La seguridad jurídica se constituye en un derecho sustancial dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, ya que reafirma como su fundamento principal el respeto a la Constitución, como la máxima norma del ordenamiento jurídico, cuyo respeto se constituye en una obligación del Estado en general y de las autoridades públicas en particular, adicionalmente la seguridad jurídica es una garantía de la certeza jurídica, en tanto determina la obligación de la aplicación de normas jurídicas previas, claras y públicas por parte de las autoridades competentes".* SENTENCIA No. 287-16-SEP-CC (SENTENCIA No. 287-16-SEP-CC, 2016)

174 *"(…) [A] través del derecho a la seguridad jurídica se busca lograr un mínimo aceptable de certeza y confianza ciudadana respecto de las actuaciones de los poderes públicos. Ello pues, a través de la garantía del derecho, el Estado asegura a las personas que toda actuación se realizará acorde a la Constitución; y que, para la regulación de las diversas situaciones jurídicas, existirá una normativa previamente establecida y disponible para el conocimiento público, que será aplicada únicamente por parte de las autoridades competentes para el efecto. Esta garantía constitucional, entonces, es un pilar fundamental del Estado de derecho; y por extensión, del Estado constitucional de derechos y justicia. En consecuencia, corresponde a los jueces brindar, en todo momento, la certeza al ciudadano respecto de las actuaciones que, en derecho, se efectúan en cada momento procesal."* (SENTENCIA No. 30&16-SEP-CC, 2016)

De esta manera se cumpliría con el correcto diligenciamiento e identificación del requirente afectado y la obligación por parte de los medios de identificar al responsable de dicha publicación y la elaboración de la misma.

Art. 516.- Transcripción del original

> *"La presentación del original cuando el delito se cometa por medio de la radiodifusión o la televisión podrá suplirse con una transcripción judicial obtenida de la grabación".* (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Se parte desde el punto de analizar a qué se refiere con la presentación original, en este caso, fue al momento en que se emitió la noticia, el cual se da las siguientes opciones ya sea radiodifusión —actualmente no solo requiere que el programa sea presentado en radio, sino que también puede ser mediante sitios web o plataformas capaces de presentar podcast, ya que guarda el mismo principio de difusión por voz— y televisión —que también puede verse representada como videos que fueron puestos en canales cibernéticos, entre estos youtube, redes sociales y vlogs—.

Tengamos como ejemplo el siguiente caso hipotético: En el horario de emisión del noticiero vespertino, un reportaje fue presentado y este estuvo a cargo de un determinado grupo de personas dentro del canal. Siendo que fue presentado en el enlace de específica hora, el cuál duró aproximadamente 8 minutos, teniendo inclusive un diálogo entre varios entrevistados, crearía que el tiempo que se tomase en examinar la grabación, recordar los diálogos, establecer las palabras o la información que fue expuesta en el mismo, tomaría mayor cantidad de tiempo ya sea para su estudio o presentación en algún proceso, sobre todo en un juicio oral donde se busca la celeridad procesal.

(Jarama, Vásquez, & Durán, 2019) explica que:

> *La celeridad procesal como norma constitucional es un principio que debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales, a fin de que todas las diligencias que deben evacuarse en una contienda judicial sean rápidas y eficaces. Principio que guarda estrecha relación con el resto, pero particularmente con el de economía procesal al ser este identificado como un principio operativo de la celeridad* (Pág. 321).

Puesto que uno de los propósitos de los actuales procesos de justicia sea en cuanto la agilidad con las que se resuelvan las diligencias, se resalta la necesidad de este artículo.

Por su parte, en la valoración de la prueba, se puede del mismo modo denotar la rapidez que con las que podría revisarse mediante lectura y resaltar los puntos claves que debieran usarse en el proceso —solo si ese llegara a ser el caso—.

El perito se encargará de transcribir, al pie de la letra, lo que indique la grabación y que posteriormente esto sea corroborado dentro de una de las dependencias judiciales para garantizar su entera validez y uso.

Comentario:

Como es de conocimiento legal todo documento debidamente certificado por autoridad competente es válido y causa el mismo efecto jurídico asimismo para que el original del video o videocinta tenga validez será necesario que el Fiscal de Actuaciones Administrativas ordene una pericia de transcripción del documento a través de los peritos del laboratorio de criminalística legalmente acreditados por el Consejo de la Judicatura.

Para que de esta manera exista una clara identificación de los participantes, lugares, imágenes, los diálogos vertidos en dicho video de ser el caso también se practique a más de la transcripción un peritaje de identidad humana de los que participaron y si sus voces e imágenes son coincidentes y de esta manera no se ha alterado de alguna forma la información a través de las posibles ediciones que podrían sufrir los mismos.

Se añade de la misma forma que la que se encarga el área de criminalística denominada Audio, Video y Afines, la misma que tiene como estudio del audio frecuencia forense que atiende el procesamiento digital avanzado de una señal de audio, el aumento forense de la audiofrecuencia, el análisis de la autenticidad de la cinta de audiofrecuencia, decodificar el diálogo, cotejo e identificación de voces y el análisis de los espectrogramas resultantes.

Esto servirá de significativa ayuda para el esclarecimiento de los hechos en la transcripción de un determinado material que obligatoriamente deberá ser revisado para la correspondiente verificación de no haber sido manipulado ni editado.

Art. 517.- Comienzo de la instrucción o del juicio

"Exhibido el original de la cinta o la grabación y realizado el peritaje correspondiente, si se trata de un delito de ejercicio público de la acción, la o el fiscal solicitará día y hora para formular cargos. Si se trata de una infracción de ejercicio privado de la acción, la persona que se considere afectada podrá presentar su

> *querella y se tramitará conforme con las reglas pertinentes"* (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Continuando con las etapas dentro del sistema penal, y ya habiendo concluido con las realizaciones de los peritajes pertinentes, estudios, remisión de las pruebas, entre otros métodos necesarios, se pasa a la siguiente fase.

La primera, en caso de que provenga de un delito de acción pública, por lo cual el fiscal tendrá como objetivo la formulación de cargos en base a lo que se encuentre ahora en su disposición y resolución, de acuerdo a lo que la ley penal se lo permita, en este caso el código orgánico integral penal.

En la otra mano, tenemos aquellos delitos de ejercicio de acción privada, recordando que la calumnia sería el que más se adecue a los delitos provenientes del ejercicio de los medios de comunicación, en este caso, la querella se llegara a manifestar sólo correspondería su ejercicio por parte de la víctima, de acuerdo al artículo 410 del COIP, y luego de esto, se constituye en que el Estado garantiza únicamente que se proceda con la debida protección a la víctima.

En estos casos de acción privada, se consideran que son un mero delito que aún no ha sido categorizado como un hecho cierto, por ello no existe la investigación previa, por lo que simplemente el querellante sería el que expresara la iniciación del proceso, con las debidas pruebas para emitir la acusación, y sin ninguna otra actuación de oficio.

Para ejemplificar, se pondrán en contraste dos delitos: Primero a los "actos de odio" tipificados en el artículo 177 del COIP, en este caso, tras la evaluación del peritaje, se concluye que las pruebas presentadas en conjunto con la denuncia, posee la suficiente y pertinente evidencia que este se ajusta a lo estipulado en la normativa, entonces el fiscal pasará a continuar con instrucción que le corresponda. Por otro lado, si este fuera una calumnia, como lo establece el artículo 182 del COIP, entonces, se efectuaría lo dicho en el párrafo anterior.

Dentro del artículo se presentan dos principios, el primero el de oportunidad, que refiere a la facultad discrecional que tiene la fiscalía para dar paso al proceso penal, siempre en miras de lo que establece un control legal y más adelante, hacia el actuar de los juzgados.

El segundo es el de mínima intervención penal. La doctrina establece que:

> *La mínima intervención penal es el concepto del cual parte la noción del principio de oportunidad, por el cual el fiscal y el juez deben analizar si la sanción penal*

> *va acorde a los hechos presentados en la denuncia e investigados posteriormente. Además, como base de la motivación para sancionar con pena privativa de libertad, uno de los derechos que debe ser tutelado de los procesados* (Alemán, 2017, pág. 59).

Gracias a esta aportación en la materia de estudio, se puede plantear que primero se maneje acorde a los tipos de delitos que se configuren, en base ya a un hecho penalmente relevante en el que se requiera la actuación completa del aparato estatal, en materia penal y a concluir, se determine la sanción pertinente.

Comentario:

Una vez que contemos con la cinta respectiva y que se haya sometido la misma a los respectivas pericias explicados con anterioridad el fiscal contará con los elementos necesarios para promover un proceso penal ya que se habría determinado materialidad de la infracción y un presunto responsable que deberá ser investigado en base a las normativas procesales penales vigentes, asimismo si existiera un delito de ejercicio privado de la acción penal el ciudadano afectado presentará la respectiva acción, teniendo en cuenta que este elemento será suficiente para avanzar en el trámite de la acción.

Este requisito será fundamental para cumplir con lo establecido en los artículos 591 y 595 del COIP, teniendo en cuenta su presentación como un claro elemento de convicción.

> ***Art. 518.- Aplicación en delitos de ejercicio privado de la acción***
>
> *"Al tratarse de delitos de ejercicio privado de la acción, estas reglas serán aplicadas por la o el juzgador competente".* (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Para poder explicar este artículo es necesario mencionar los siguientes al mismo tiempo, siendo estos el artículo 410 y 415 del COIP.

El primero menciona sobre el ejercicio de la acción penal "pública y privada". Cuando es de acción pública, la fiscalía es la encargada de ejercer la acción sin necesidad de una "denuncia previa". El segundo, menciona los delitos que son considerados como acción privada, siendo estos: Calumnia, usurpación, estupro y lesiones —siendo estas que generen alguna incapacidad o enfermedad que no sobre pasen a los 30 días, exceptuando a la violencia familiar (mujer o algún otro miembro)—.

Retomando con respecto a quién ejercen la acción, y tal cómo se había explicado anteriormente en este trabajo, se explica que en caso de que sea una querella, esto son llevados por el mismo particular y por ende estos se presentan ante un juez, quien será recargado de requerir la exhibición de prueba —sin formulación de cargos como lo haría un juez, y con un tinte claramente acusatorio— y si es que se requiera un peritaje.

La característica de este artículo es que solo busca recalcar en la posibilidad de que los medios de comunicación puedan afectar a un individuo, pero no necesariamente como un delito de acción pública. Además, que, de nuevo, por celeridad procesal, la víctima y el acusado puedan tranzar y evitar el movimiento del aparato estatal.

Comentario:

Como es de conocimiento general el ejercicio privado de la acción penal tiene como sustanciador al Juez de Garantías Penales el mismo que deberá contar con el respectivo accionar por parte del querellante ya que tendrá que de considerarlo pertinente iniciar la acción.

Por citar un ejemplo que guarda una relación muy clara en lo relacionado a cintas magnetofónicas o videos en el caso de la calumnia se considerará de suma importancia que la persona agraviada ponga a conocimiento del juzgador a través de la narrativa circunstancial de los hechos lo acontecido y previo aquello consiguió a través de los procedimiento anteriormente indicados las respectivos elementos que se transformarán en pruebas respectivamente que podrán sostener la acusación propuesta por el querellante.

Título V: Medidas Cautelares y de Protección

Capítulo 1: Reglas Generales

Habiendo terminado el capítulo IV del COIP, se procede al ulterior, que se basa en las medidas cautelares y de protección.

Art. 519.- Finalidad

"La o el juzgador podrá ordenar una o varias medidas cautelares y de protección previstas en este Código con el fin de: 1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal. 2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral. 3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan

elementos de convicción. 4. Garantizar la reparación integral a las víctimas" (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Con este artículo, es de sumo menester partir desde un concepto de medidas cautelares, de acuerdo a (Buongermini, s.f.) "Las medidas cautelares son disposiciones judiciales que se dictan para garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia, evitando la frustración del derecho del peticionante derivada de la duración del mismo". (Pág. 1)

Mediante estas disposiciones lo que se busca es que se asegure que se vaya a dar paso hacia un proceso en el cual se cumpla con determinado objetivo, su cumplimiento, en este caso una sentencia, siempre en miras a las garantías normativas penales[175] lo cual procurará que se cumpla con todas las disposiciones dentro del derecho penal y el ejercicio de los principios que se imparten dentro de cada precepto normativo.

Son elementos que cuentan las partes del proceso penal, buscando que se mantengan en una circunstancia específica las "cosas" que intervendrían a lo largo de todas las evaluaciones realizadas por los peritos, fiscales, o jueces. Hasta que llegara el momento en que se efectúe el juicio y se llegue a su final, sea por absolución, sobreseimiento o sentencia condenatoria.

De acuerdo con la constitución, en su artículo 77, numeral 11, "La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley". Por lo cual, son medidas que emanan desde la carta magna, y es el deber de cada uno de los jueces cumplirlo.

175 Ramiro Ávila Santamaría, menciona a Luigi Ferrajoli en su trabajo de derecho ecuatoriano, parte de que… *para que un Estado sea considerado garantista debe tener los medios necesarios para el cumplimiento como tal de cualquier derecho que se promulgue, por ello, estas garantías se han clasificado en dos, primarias y secundarias: Las primarias son aquellas que constituyen una primera garantía para la persona, ya que la norma establecería el marco a través del cual los organismos y los funcionarios del estado tienen determinadas competencias y las personas son titulares de derechos. Los derechos humanos, a su vez, limitan al estado, de tal modo que si se exceden violarían derechos y vinculan, de tal forma que los funcionarios del estado tienen obligaciones con cada persona. Las garantías secundarias son a su vez de dos clases: Las políticas públicas que emanan del poder administrativo o ejecutivo, que se concretan en planes y proyectos; y las garantías técnicas que son todas aquellas que emanan de los jueces que ejercen justicia constitucional, a través de las acciones constitucionales tanto de control de normas como de actos violatorios a los derechos humanos. A un resultado parecido llega Gregorio Peces Barba, cuando distingue a las garantías en función del órgano del poder del Estado. Así por ejemplo existen garantías de controles de ejecución, de justicia y de definición. En suma, la idea fuera a que todo el Estado sea garante de los derechos humanos. Nos interesan por el momento, las garantías que tienen que ver con la creación de normas jurídicas de carácter legislativo* (Ferrajoli L. , 2001).

Tal como se delega en el cuerpo normativo, la doctrina extiende cuál es el propósito de estas medidas, en este caso se mencionará a (Cisneros, 2014), que estable lo siguiente:

> *Buscan evitar el peligro del daño efectivo, el Periculum in mora, que no es otra cosa que el riesgo de la tutela jurisdiccional constituido por el transcurso del tiempo necesario para la realización de dicha tutela. En otras palabras, el peligro del daño marginal deriva del retardo de la providencia definitiva* (Pág. 26).

Siendo que en términos generales se habla de una prevención, sin embargo, en materia penal, el artículo nos trae los fines de estas medidas cautelares dentro de la misma. En fines de estudios, se analizarán cada una individualmente.

1. ***"Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes del proceso penal":*** Debido a que la gravedad de los delitos es variada en consideración al mismo tiempo de los implicados o los hechos que puedan servir las partes como testigos o para búsqueda de la propia seguridad de las víctimas, entonces se busca que todos los involucrados se encuentren en las condiciones necesarias de vigilancia.

2. ***"Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal":*** En este caso, dentro del proceso, se espera a que el acusado se encuentre presente, ya sea para que ejecute su defensa —mediante sus abogados—. Por otro lado, en caso de que existe peligro de que el acusado se dé prófugo de la justicia en medio del proceso, es posible asegurar que se mantenga dentro del país o en el que la fuerza coercitiva sea capaz de alcanzarlo. La siguiente parte del inciso "el cumplimiento de la pena y reparación integral", se sobreentiende por que la sentencia condenatoria sea ejecutada a su entera plenitud.

3. ***"Evitar que se destruye u obstaculice la prueba":*** Por esta razón, se presentan las pruebas ante el fiscal para que se manejen en la cadena de custodia.

4. ***"Garantizar la reparación integral a las víctimas":*** Con esto se espera a que la sentencia sea efectiva y cumplida en cuanto las cosas que se hayan dispuesto.

Comentario:

Desde que se dio la promulgación del código orgánico integral penal el 10 de febrero de 2014 y su entrada en vigencia el 10 de agosto de 2014 en nuestra

legislación se reconoce ese derecho al sujeto más vulnerable de la infracción penal, me refiero a la víctima la misma que a través de los tiempos se vio invisibilidad y que actualmente los operadores de justicia y la titular de la acción penal se han visto a adquirir un significativo compromiso de protección es por ello que resulta importante entender cuál es el alcance verdadero y la correcta aplicabilidad de las medidas cautelares y de protección respectivamente las mismas que van en beneficio y protección de la víctimas teniendo en cuenta todas las reglas que el COIP plantea.

Con esto, se debe generar en el marco de las garantías constitucionales sin causar de ninguna manera una revictimización a favor de quien se las concede ni tampoco causar por la falta de motivación e investigación un daño contra quien se las aplica. La motivación va basada en las premisas[176] y luego de emitido un razonamiento jurídico argumentativo, se da paso a que se manifiesten como hechos ya comprobados.

A través de las medidas cautelares se busca que el procesado pueda cumplir con su comparecencia al juicio y que se honre el principio de inmediación al proceso, pero dichas medidas deben contar con un significativo análisis que guarde aspectos proporcionales al delito que se está investigando, la circunstancia derivada del hecho y una serie de factores que pudiesen verse afectados si por parte de la titular de la acción penal no se las solicita adecuadamente y también si estas no son acogidas por el administrador de justicia de manera oportuna causando un sentido de desprotección a la parte más vulnerable que es la víctima.

Si vamos más allá también se debe considerar su oportuna aplicación cuando se quiere con la práctica de una medida de cautelar evitar el ocultamiento o destrucción de evidencias, ya que al suceder aquello se pudiera entorpecer una investigación y en este caso particular al referirnos a la detención que juega un

176 En el argumento retórico el aspecto más importante no es la validez de las premisas que integran el razonamiento, sino su capacidad de convicción, que se realiza a través de la persuasión. Es por ello que se debe tomar en consideración el auditorio; esto es, las personas a quienes se dirigen los argumentos. Persuadir, sin embargo, es una forma demostrativamente más débil de convencer. En la argumentación es preciso distinguir el contexto del descubrimiento (establecimiento de premisa o conclusión) del contexto de justificación (de las premisas o conclusiones), sobre todo porque la teoría tradicional de la argumentación jurídica se ubica en el contexto de la justificación.
El origen de la retórica en su concepción contemporánea como teoría de la argumentación se encuentra en un rechazo a la lógica formal como instrumento para el análisis del razonamiento jurídico. Las propuestas más destacadas son la *tópica* de Viehweg, *la nueva retórica* de Perelman y la *lógica informal* de Toulmin. Estas teorías se contraponen al modo de pensar sistemático-deductivo. En la *tópica* de Aristóteles los argumentos dialécticos (retóricos y sofistas) se refieren a lo verosímil, a lo opinable, parten de premisas aceptables que parecen verdaderas a todos, y sus conclusiones son formalmente correctas. (Huerta Ochoa, UNAM (México).

papel muy importante en la investigación y que de no hacerlo se perdería una pieza fundamental en un caso.

Empezamos este comentario hablando de la víctima y como de alguna manera lograr que la justicia pueda cumplir con uno de los fundamentales fines que es poderla reparar y como hacerla si en el caso de las medidas cautelares es la única oportunidad para hacer que desde el inicio el procesado pueda en un futuro mediático cumplir.

El Estado juega un rol muy importante a través de la Función Judicial y sus órganos autónomos, la propia Constitución en sus artículos 77 y 78 establece esta prioridad.

> "***Art. 78.-*** *Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales*". (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Y el artículo 628 del COIP el cual manifiesta "*que toda sentencia condenatoria deberá contemplar la reparación integral para la víctima*".

De esta manera la responsabilidad que alude a las medidas cautelares no solo es la de privar momentáneamente de la libertad al infractor, sino que también contribuyen de manera directa a lograr que se repare a la víctima no solo en el ámbito económico, buscando la reinserción social de la misma ya que en delitos como los de violencia y de género la afectación es significativa no a un patrimonio en específico, si no que a su honra como ser humano.

Las medidas de protección establecidas en el artículo 558 del COIP, en sus 12 circunstancias le permiten al administrador de la Justicia aplicarlas tanto en el proceso penal como en la investigación pre procesal a petición del Fiscal y con el respectivo análisis de pertinencia.

Gracias a esto, se señala que esta figura jurídica no solo aplica para los delitos de género y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, puesto que no que ha toda forma de víctima de un delito, tenemos el caso en la afectación patrimonial en la modalidad de desalojo y para evitar que se siga perpetrando

un delito medio ambiental que pueda afectar ecosistemas o a la naturaleza propiamente dicha.

Es significativa responsabilidad del Fiscal solicitar dichas medidas de protección ya que la omisión de las mismas podría desencadenar en una situación compleja y quizás irreparable por ponerles un ejemplo bastante común en violencia psicológica o física en el momento en que la víctima acude por ayuda a la Fiscalía, no basta con receptarle la denuncia sino que también de ser el caso generar las medidas de protección acordes a la realidad que se estuviese presentarlo de no hacerlo podría sin el ánimo de entrar en una posición exagerada se pudiese convertir en un femicidio, teniendo en cuenta que este brutal delito tiene como antecedente ya un maltrato sucesivo por parte del sujeto activo de la infracción toda vez que cuando lo ejecuta la víctima ya paso por diversas etapas.

Las medidas de protección se consideran con una forma eficaz de proteger a la cualquier tipo de víctima ya que evita que la persona procesada concurra al mismo lugar que la víctima, que se acerque a la víctima, ejecute actos de persecución, que pueda él o la agresora salir de la vivienda donde habita con la víctima, reintegrar a la víctima al lugar donde habitaba, privar al procesado a que siga en custodia de niños y adolescentes, asimismo suspensión del permiso de tenencia o porte de armas, lo cual podría ser una situación bastante peligrosa si este no tiene una medida cautelar que lo prive de la libertad.

De estas medidas también comprenden los tratamientos psicológicos, psiquiátricos para que el procesado o la propia víctima puedan generar un estado de normalidad y a los hijos menores de 18 años respetivamente.

Todos estos aspectos señalados buscan que se realce el rol de esta herramienta que tiene la Fiscalía para proteger a las víctimas de delitos y así evitar que siga habiendo revictimización que tenga un resultado fatal para la vida de las personas.

Art. 520.- Reglas generales de las medidas cautelares y de protección

> *"La o el juzgador podrá ordenar medidas cautelares y de protección de acuerdo con las siguientes reglas (...)".* (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Este artículo determina los casos en que podrá el juez ordenar las medidas cautelares y de protección. Es importante recordar aquí los fines que poseen, siendo que de forma principal se establecen a partir de la protección de las víctimas —todos los involucrados en el proceso—, garantizar la presencia de la persona procesada más el cumplimiento de la pena y la reparación integral y precaver la

destrucción o impedimentos que puedan dificultar la práctica de pruebas (pérdida de los elementos de convicción).

Con esto, se observará un pequeño análisis de cada numeral.

1. "Las medidas cautelares y de protección podrán ordenarse en delitos. En caso de contravenciones se aplicarán únicamente medidas de protección" (Código Orgánico Integral Penal, 2014)*:* El COIP, en el artículo 19, menciona cuál es la clasificación de las infracciones, siendo delitos y contravenciones. La diferencia es la cantidad que se aplica para la pena de privación de libertad o que incluso se pueda aplicar otra sanción, solo en el caso de contravenciones, considerando que los delitos deben tener una mayor carga punitiva en miras a que se evite el cometimiento del acto delictivo, aquí podemos mencionar a (Muñoz Conde, 1989), que habla sobre las acciones y cómo estas pueden manifestarse como el elemento y su premisa principal para hablar que existe como tal un delito, ya que es como este se materializa y una vez cometido el hecho, entonces se pasará a categorizarlo de acuerdo a lo escrito en la ley.

2. "En delitos, la o el juzgador dispondrá únicamente a solicitud fundamentada de la o el fiscal, una o varias medidas cautelares. En contravenciones, las medidas de protección podrá disponerlas de oficio o a petición de parte" (Código Orgánico Integral Penal, 2014)*:* Tal cual estuvo explicada en la regla anterior, se vuelve a distinguir la diferencia entre la rigidez de la norma en cuanto a delitos o contravenciones y en este caso, la diferencia se basa en que primero, se habla sobre la motivación fundamentada que debe ser presentada por el fiscal. Es decir, que, de acuerdo al cumplimiento de lo establecido en la constitución, artículo 76, literal l:

> *"Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser* ***motivadas****. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados".* (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Por eso, sea quien sea el funcionario que solicite cierta medida que pueda interrumpir o afectar el derecho de otra persona, debe ser debidamente sustentada, apoyada, en base de las leyes, y en este caso, cuando permite que se dé que sea una medida cautelar o de protección, dependiendo si sea delito o contravención. Además de la gravedad del delito, las personas implicadas, las víctimas o incluso privarle la libertad al acusado. Por otro lado, en las contravenciones, a no tener las mismas características y si pudiera hablarse de una "levedad" en cuanto a la descripción normativa.

Por motivos académicos, además de lo que nos determina la constitución, es necesario otorgar un concepto de ¿qué es motivar?

De acuerdo al análisis de (Ferrer Beltrán, 2011) divide su investigación en dos puntos: El primero, los conceptos que se otorgan con respecto a la palabra "motivar" y su etimología, la cual explica que esta nace de los "motivos que han llevado hacia la toma de una decisión". Posteriormente, en su parte dos, menciona a lo que el derecho norteamericano consideraba para analizar estas motivaciones, es decir mecanismos de causas, en otras palabras, que la postura que pueda tomar un servidor público se puede basar tanto como de la ideología, su entorno, sociedad, ánimo, perjuicios y desarrollo jurídico. Por eso, se pide que cada premisa sea sustentada; con su justificativo respectivo.

Volviendo al tema del artículo, en este caso, el fiscal, debe tener su enfoque completamente acorde a las pruebas que posea, a la normativa, al tipo de delito, a los cargos y a las sospechas de fuga que pudiera haber con el acusado.

3. "La o el juzgador resolverá de manera motivada, en audiencia oral, pública y contradictoria. De ser el caso, se considerará las solicitudes de sustitución, suspensión y revocatoria de la medida, u ofrecimiento de caución que se formule al respecto: En esta parte" (Código Orgánico Integral Penal, 2014): Como el artículo anterior, se menciona de nuevo a la motivación, pero en este caso, se resalta la celeridad y oportunidad del proceso, ya que la sentencia se presentará "en audiencia oral, pública y contradictoria".

Las últimas reformas de la legislación ecuatoriana como tal buscaban que el sistema procesal se concibiera con mayor agilidad y a raíz de ello, la oralidad marcó el sentido principal de los procesos.

En los casos penales, se habla de la publicidad en el sentido de que pueda ser conocido por todos, a excepción de los casos determinados por la norma y su debida privacidad que deban tener.

Por parte del principio contradictorio, debe estar presente en todos los procedimientos y su regulación, ya que otorga a las partes la potestad de "de hacer conocer todo cuanto sea necesario para el éxito de su demanda o de su defensa" (Enciclopedia Jurídica, 2020), es decir que se permitirá la presentación de toda prueba por las partes y estas darlas en conocimiento general a las partes, otorgándoles igual de condiciones.

Aquí también tenemos la motivación de la decisión que fue aclarada por la misma Corte Constitucional, (SENTENCIA No. 030-15-SEP-CC, 2015): "*Hay que señalar*

que todos los casos, los jueces o tribunales deberán hacer una exposición detallada de los fundamentos de su decisión, en relación directa con los hechos y requisitos para la procedencia (…) para garantizar el derecho a la motivación en las resoluciones". Porque de ese modo se procura su cumplimiento ya que da a emisiones de decisiones que conlleven un garantismo y preocupación sobre los derechos de los ciudadanos.

De la misma corte, tenemos también a la (SENTENCIA No. 011-14-SEP-CC, 2014), recogiendo el siguiente análisis hecho:

> *Esto quiere decir que corresponde a los jueces realizar un análisis objetivo, preciso, claro y articulado entre los fundamentos fácticos y los derechos presuntamente vulnerados, pues es necesario determinar cómo, de qué forma y en qué circunstancias se vinculan los hechos supuestamente violatorios con los derechos afectados, dentro del caso en concreto. Por tanto, la motivación no es solo un elemento formal, como requisito obligatorio de toda manifestación de autoridad pública, si no que constituye un elemento sustancial que expresa la garantía del derecho al debido proceso, pues permite a las partes conocer el razonamiento lógico del juez y, por tanto, comprender las razones jurídicas por las que la autoridad judicial ha llegado a un fallo determinado* (Pág. 13).

Es así que con este numeral expuesto en el COIP impera la significación que debe dársele a la motivación, incluso con base en sentencias de la corte constitucional, puesto que en caso de que existan algún conflicto normativo o en cuanto a entendimiento de las normas constitucionales, también en la forma en que se deban determinar los casos, principalmente en relación a los derechos humanos, pues se genera un cambio en la persona a la que va dirigida la medida.

4. Al motivar su decisión la o el juzgador considerará los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)*:*

En este caso se analizará ambos principios dentro de este numeral, teniendo primero al principio de necesidad razonable. (Martínez & Zúñinga Urbina, 2011) hablan en su trabajo que este principio debe estar relacionado a la búsqueda de la no arbitrariedad en las decisiones judiciales, en otras palabras, que esta no se deje por un simplismo subjetivo al momento de determina la condición de un sujeto de derechos. Siendo que a este planteamiento deba efectuarse, tras un meticuloso análisis en razón a los principios y leyes, para establecer la relevancia jurídica del caso.

Por otro lado, aunque el principio de proporcionalidad posea el mismo objetivo en cuestión, (Rainer Arnold & Zúñiga Urbina, 2012) establecen que en "esencia este apunta a la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte

de los poderes públicos", ya que evita que sea aplicada cualquier medida, bajo antijuricidades que no conlleven como tal cierto tipo de sanción —en el caso del derecho penal— y que se rijan estrictamente al tenor de lo dispuesto en cada ley.

En esta misma investigación también se mencionan los requisitos de la proporcionalidad[177]. Como tal, se busca que se llegue a una finalidad legítima en conjunto con su adecuación o preparación para bien evitar que se cometa de nuevo la infracción o que no se configure ese objetivo. A su vez, relaciona el principio de mínima intervención ya que se busca lo que menos puedan alterar los derechos de las partes, promoviendo a la creación y consideración de alternativas. Y finalmente, que solo se puede hablar desde un sentido objetivo.

Añadiendo a la doctrina, en el COIP, artículo 5, numeral 18, nos da otro concepto de motivación: *"El juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso"*. Con esto, se verifica el hecho que siempre se tendrá presente la actividad de los sujetos procesales para establecer algún tipo de medida, siendo este el punto de estudio.

5. "Deberán cumplirse en forma inmediata después de haber sido ordenadas y se notificará a los sujetos procesales de conformidad con lo previsto en este Código" (Código Orgánico Integral Penal, 2014)*:* En este artículo se menciona a la notificación legal

177 *Los requisitos de la proporcionalidad*: A partir de la sentencia *Apothekenurteil,* el principio de proporcionalidad se ha mostrado como un instrumento eficaz, flexible y pragmático para moderar la tensión entre el individuo y el poder público. La jurisprudencia del TCF lo ha utilizado muy frecuentemente y puede ser considerado como el concepto más importante de la dogmática de los derechos fundamentales y del Estado de derecho en Alemania.
La jurisprudencia desarrollada por el TCF a partir de aquella sentencia, permite identificar cuatro requisitos que emanan del principio de proporcionalidad. Estos resultan aplicables a toda intervención en la libertad y propiedad de las personas por parte del poder público, sea del legislador, del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial:
a) Debe perseguir una finalidad legítima.
b) Debe ser adecuada o idónea para la promoción (no necesariamente la realización) de dicho objetivo legítimo (*geeignetheit* o adecuación).
c) Debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados (mínimo de intervención).
d) Debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención. Por tanto, los instrumentos y los medios aplicados deben justificarse en su grado de gravedad: la gravedad de las intervenciones debe ser proporcionada a la urgencia o necesidad de los objetivos. Si éstos no son urgentes o no son muy necesarios, los instrumentos utilizados deben ser de menor intensidad (relación *zweck-mittel).* Este último requisito parece ser el más importante para la protección de la libertad individual. Conlleva una ponderación entre el interés del individuo, manifestado en su derecho fundamental, y el interés público. Esta ponderación debe tener en cuenta la situación particular del individuo y, desde luego, no puede suponer la anulación o negación del derecho. (Rainer Arnold & Zúñiga Urbina, 2012).

que se debe realizar con respecto a la medida que el juez haya tomado en el caso establecido y que su cumplimiento sea en el instante.

El juez, en uso de sus facultades, pedirá que se notifique de acuerdo a las reglas que se presentan en el artículo 575 del COIP.

6. "La interposición de recursos no suspenderá la ejecución de las medidas cautelares o medidas de protección" (Código Orgánico Integral Penal, 2014)*:* En este literal se recalca lo que ocurre en el derecho ecuatoriano general con respecto a las interposición de recursos, ya que, más que nada en los casos penales, se busca proteger como tal a las partes procesales.

7. "En caso de incumplimiento de la medida cautelar por parte de la persona procesada, la o el fiscal solicitará su sustitución por otra medida más eficaz" (Código Orgánico Integral Penal, 2014)*:* Si como tal la medida no funciona, entonces el juez deberá considerar a una más "estricta" que permita con el cumplimiento del transcurso del proceso sin alteraciones que perjudiquen o causen algún conflicto posterior. Por ejemplo, en el caso de que haya la posibilidad que el acusado huya del país, se le prohibiera la salida del mismo, o incluso llegar —ya en última instancia— a la prisión preventiva.

8. "La o el juzgador vigilará el cumplimiento de las medidas cautelares y de protección con intervención de la Policía Nacional". (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

El COFJ (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009) en el artículo 30 se establece el principio de colaboración con la función judicial, y en su inciso dos coloca que "*La Policía Nacional tiene como deber inmediato, auxiliar y ayudar a las juezas y jueces, y ejecutar pronto y eficazmente sus decisiones o resoluciones cuando así se lo requiera*". Es decir, que para que se concreten como tal las medidas cautelares o de protección, se puede acudir a la fuerza policial del Estado.

9. En el caso de delitos contra la integridad sexual y reproductiva de niños, niñas y adolescentes, se dictará medidas de protección de manera obligatoria e inmediata. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

En la última reforma realizada en agosto del 2020, el pleno estableció que en caso de que estos delitos representen una afectación tanto en el ámbito sexual o reproductivo de los niños, adolescentes —desde su nacimiento hasta los 18 años— las medidas de protección se darán de manera estricta.

Y es así que, los requisitos para la solicitud de medidas cautelares se pueden sintetizar en estos tres parámetros, solo como medio de estudio:

En primera, es marcar la distinción entre delitos y contravenciones.

Siendo el parámetro dos de este análisis, es que siempre debe fundamentarse toda solicitud realizada por el fiscal, o juez, en caso de que sea una resolución y también dependiendo del caso. Ya que esto expondrá la licitud de las medidas cautelares o preventivas solicitadas. En el caso de las resoluciones, hay que recordar que son audiencias públicas y contradictorias.

Y como tercer y último, la explicación por parte del juzgador, de los criterios de necesidad y proporcionalidad que lo llevan a adoptar la medida solicitada. Este último se resalta por estos principios que deben abarcar las razones de motivación que han sido llevadas, pero ya también rigiéndose ante los principios de mínima intervención del Estado, y que se hagan referencia a la inmediata aplicación, ejecución y observancia de lo resuelto.

Comentario:

En lo que respecta a las medidas cautelares la aceptación por solicitud de la Fiscalía se realizará exclusivamente dentro el proceso penal es decir en la audiencia de formulación de cargos sea en delito flagrante o no flagrante, la concesión de las medidas cautelares por parte del Juez de Garantías Penales se realizará en base a un análisis de proporcionalidad y del tipo penal de acuerdo con los numerales del artículo 522 del COIP especialmente cuando se tenga que motivar por parte de la Fiscalía la petición de la prisión preventiva y la aceptación de la misma.

Cuando la Fiscalía solicita medidas no privativas de libertad, el seguimiento y respectivo control de su cumplimiento debe tener mucha rigurosidad ya que en el momento que el procesado no lo honra automáticamente el Fiscal debe solicitarle al Juez Audiencia de revisión de medidas cautelares con el fin de analizarla y de no haberlas cumplido de inmediato solicitar la prisión preventiva, de esta manera se garantizaría la comparecencia a juicio del procesado y lo más importante la reparación integral que se deberá hacerlo en una posible sentencia condenatoria.

En lo que respecta a las medidas de protección las mismas que se pueden aplicar en la investigación pre procesal y procesal penal con el fin evitar la no revictimización de la víctima, para el efecto el procedimiento debe estar sujeto a las

garantías[178] del debido proceso y una vez que se las solicita al Juez de Garantías Penales éste deberá a través de la Policía Especializada en Violencia notificar al agresor que se está siguiendo una investigación en su contra y que tendrá que cumplir de manera inmediata con las medidas con lo señalado caso contrario estaría generando otra conducta denominada incumplimiento de decisiones legitimas emanada por autoridad competente.

Asimismo, la Policía tendrá la obligación legal de cumplir con el acompañamiento a la víctima si el caso amerita al momento de ingresar a los predios donde se encuentra el agresor para retiro de pertenencia de naturaleza personal.

La reforma al COIP de diciembre de 2019, particularmente del articulado en análisis, va dirigida a los casos contra la integridad sexual y reproductiva, dentro de los mismos las medidas de protección tendrán un carácter de obligatoriedad.

Debido a esto, es importante no solo por la postura garantista del Juez, si no que el espíritu de la norma nos obliga a precautelar y a poner mayor énfasis en los tipos de delitos y contravenciones.

> ***Art. 521.- Audiencia de sustitución, revisión, revocatoria o suspensión de medida cautelar y protección***
>
> *"Cuando concurran hechos nuevos que así lo justifiquen o se obtengan evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados, la o el fiscal, la o el defensor público o privado, de considerarlo pertinente, solicitará a la o al juzgador la sustitución de las medidas cautelares por otras. De igual forma la o el juzgador dictará una medida negada anteriormente. No se requerirá solicitud de la o el fiscal cuando se trate de medidas de protección. Si desaparecen las causas que dan origen a las medidas cautelares o de protección o si se cumple el plazo previsto en la*
>
> *Constitución, la o el juzgador las revocará o suspenderá de oficio o a petición de parte"* (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

178 Las garantías procesales son de trascendental importancia ya que ellas determinan un establecimiento y consigo el mecanismo a través del cual las garantías normativas, que abordan el delito y la pena, se pueden materializar. Un juicio mal concebido puede hacer imposible la consideración de un delito y el establecimiento de una pena justa. El juicio será siempre, desde la lógica garantista, un instrumento para alcanzar la justicia. También, desde la óptica opuesta, un juicio puede ser el instrumento para fortalecer un estado de policía y autoritario. Las garantías del juicio justo se conforman de dos componentes: las garantías orgánicas y procesales. Las primeras tienen relación con la formación del juez y su colocación frente al estado (independencia) y las partes (imparcialidad); las garantías procesales tienen relación con la concepción y el diseño del juicio. (Ávila Santamaría , 2013, págs. 83, 84)

En cuanto a toda decisión, tomada por los funcionarios, se conoce que esta pueda ser susceptible a revisión y a su vez, modificada, por alguno de los recursos que fueron estipulados por las leyes y previstos para cada caso en concreto.

A lo largo de los últimos años, en el país, se ha manifestado la oralidad en los procesos —recordando que antes era todo lo contrario y todos los procesos eran incluso más extensivos, con mayor cantidad de actuaciones que dependían siempre de un método escrito—, por lo que, si se requiere sustituir, revisar, modificar o revocar una medida cautelar o de protección, esto deberá ser tratado mediante otra audiencia, en los que se darán a conocer las alegaciones de las partes que consideren que bien la medida no ha sido la correcta, no ha estado completamente fundamentada o incluso pueda menoscabarle un derecho cuya afectación no haya estado contemplada dentro de los parámetros de razonabilidad.

En caso del fiscal, también es aplicable porque se considera que la medida ha dejado de ser idónea porque han desaparecido las causas que lo involucran, pero siempre mediante una solicitud dirigida hacia el juez y así, los defensores públicos y privados poseen las mismas oportunidades.

También se manifiestan los hechos nuevos o ulteriores que puedan concurrir durante el transcurso del proceso. Entre estos tenemos la obtención de nuevas evidencias o hechos que indiquen que las medidas tomadas anteriormente ya son innecesarias o van por encima de la proporcionalidad.

> "La audiencia debe ser un espacio de debate oral, público y contradictorio. (…) La audiencia como espacio privilegiado para generar lo que en la reforma se ha denominado *información de calidad,* se convierte en el último tamiz de los argumentos de fiscales y defensores, a partir de lo cual el juez (…) deberá decidir sobre la materia de debate" (Krauth, 2018, pág. 37)

Gracias a lo mencionado por Krauth, podemos basarnos aún más sobre el hecho de que este tipo de procedimientos permiten poseer una mayor eficacia y celeridad al momento de efectuarlos. No sólo eso, más que también se verifican y se ciernen los argumentos presentados, dando como fin que el juez obtenga una decisión más acorde en derecho y sucesos mostrados.

Adjuntando a los párrafos anteriores, el principio de contradicción, que previamente ya se había estudiado, interviene una vez más —como todos los principios ya que las normas se basan en estos— como un punto de partida, siendo el "rector" de lo que busca el artículo, ya que permite a las partes, tanto como actor y víctima sean capaces de debatir con respecto a estas medidas.

El derecho a recurrir las resoluciones es imprescindible para que exista una buena marcha dentro del Estado de derechos, y debido a esto deben existir —en otras palabras, el legislador debe contemplar— remedios procesales para solucionar situaciones en las que se pueda afectar gravemente y quizás de forma irreversible a los intervinientes en el proceso.

Hay un brocardo que ilustra perfectamente esto: *apellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorrigat* (Tellegen-Couperus, 2003, pág. 283), lo cual se puede traducir en que la apelación —en este caso la capacidad de recurrir— es tan frecuente como necesaria, por cuanto corrige los errores de parcialidad o inexperiencia de los juzgadores, por lo mismo, que la apelación que se usa con frecuencia debe ser necesaria ya que en casos de obtener un juicio equivocado o que la inexperiencia sobre el mismo deba ser corregido, porque después de todos las sentencia provienen de un resultado del pensamiento del juez que pueda ser involucrada por su ámbito más "subjetivo", aunque no sea permitido.

Comentario:

Puesto que el tenor literal de la norma pone de manifiesto casos puntuales como la necesidad de no mantenerlas vigentes o los plazos que han transcurrido, cabe aquí ser muy cautelosos y el análisis que debe hacer la Fiscalía en lo que respecta a medidas de protección y prisión preventiva ya que de concedérsela pudiera ponerse en riesgo de no existir la motivación necesaria la comparecencia al juicio del procesado o se pondría en riesgo la integridad física de la víctima.

Se cree siempre por poner un ejemplo que existe abuso de la prisión preventiva y que cabe otro tipo de medidas como presentación periódica ante autoridad competente prohibición de salida del país estás dos sumadas al dispositivo electrónico pero que sucede cuando por la naturaleza del delito existe inminente riesgo de fuga o en su defecto los hechos imputados al procesado.

Estos deben guardar una significativa certeza de su participación o el sujeto procesal que la requiere no logra sostener con solvencia que ha variado la situación, o en su defecto que se pueda justificar un posible arraigo social que antes no lo pudo justificar son escenarios claves que se deben prestar al análisis ya que de acuerdo al tipo penal las medidas cautelares o de protección representan fundamental garantía en contra del procesado.

Capítulo 2: Medidas Cautelares

Con esto pasamos al capítulo dos de las medidas cautelares, primera sección, que menciona a las medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada.

El COIP, artículo 440, se menciona que como parte de los sujetos procesales tenemos a la persona procesada, teniendo como concepto el siguiente: "*Se considera persona procesada a la persona natural o jurídica, contra la cual, la o el fiscal formule cargos. La persona procesada tendrá la potestad de ejercer todos los derechos que le reconoce la Constitución, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y este Código*" (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En el caso de las personas jurídicas, los que deberán presentarse son los representantes legales respectivos de estas.

Una vez pasando este punto, empezamos con las modalidades que estipulan el código.

Las medidas cautelares tienen un fin superior a la comparecencia del procesado al juicio y nos preguntaremos porque realizo esa afirmación ya que lo correcto es pensar que el fin principal es que haya o que se logre una reparación a la víctima en una posible sentencia condenatoria.

La misma que es el resultado adecuado, toda vez que si la titular de la acción penal formula cargos tiene la certeza de llegar a una sentencia condenatoria ya que su tesis inicial es la correcta, realizo este análisis ya que puede darse el caso de que por descuido exista una falla procesal en la sustanciación del proceso y aquello acarree una nulidad o que no se haya logrado probar la responsabilidad del procesado.

Vamos a revisar las medidas no privativas de libertad que si bien es cierto como su nombre lo indican no causan un efecto mediático en la audiencia de formulación de cargos pero cuál es su alcance y para qué sirven, la respuesta es que de cierta forma aseguran una comparecencia al juicio por parte del procesado, pero hasta qué punto pudiesen afectar el desenvolvimiento de un ciudadano que hasta este momento y hasta el último instante de una sentencia ejecutoriada mantiene intacto el principio de inocencia.

Por ponerles un ejemplo en un caso de presunta responsabilidad en una estafa si el procesado es un empresario que su giro de negocio le obliga viajar fuera del país y de eso depende su actividad económica, esta medida también merece

cierto análisis, pero veamos también la otra perspectiva si al tener libre posibilidad de salir del país de cierta manera no habría una suerte de impunidad al momento que este ciudadano decide huir.

En lo relacionado con la presentación periódica ante la autoridad que el Juez decida, es una medida bastante proporcional dependiendo el delito y que con la ayuda del dispositivo electrónico pudiera resultar eficaz, aunque hemos visto casos en los cuales ninguna de las dos han sido lo suficientemente eficientes por decirlo para que el procesado adopte la calidad de prófugo entorpeciendo el desarrollo del juicio salvo el caso de los delitos que se juzgan en ausencia.

El arresto domiciliario es una de las medidas hoy por hoy bastantes aplicadas pero que debe ser analizado cuidadosamente por parte del garantista del debido proceso ya que existen procesado que no cumplen a cabalidad con lo establecido por la norma ni su salud ni su edad en ciertos casos se ajustan para ser acreedores de esa medida.

Aunque es verdad que de cierto modo podría ser algo peligrosa ya que la vigilancia no en todos los casos es permanente sino periódica, pero permite estar en una relativa libertad mientras se resuelva la situación jurídica del procesado.

El dispositivo electrónico se constituyó como una nueva forma de medida cautelar a partir de la vigencia del COIP, como una suerte de control de donde se desplazaba el procesado dentro de una circunscripción territorial establecida, el mismo que le permite desarrolla con normalidad sus actividades diarias, pero hasta qué punto garantiza que no exista un peligro inminente de fuga.

Quizás el éxito de esta medida pudiese ser efectivo siempre y cuando exista un verdadero control por parte de la institución policial, ECU911, o quien se encargue del rastrero del mismo.

La medida cautelar de detención juega un papel fundamental en lo que respecta a la investigación especialmente en delitos contra la eficiencia de la administración pública y delincuencia organizada ya que es la única vía que tiene la Fiscalía para en lo posterior dentro de las 24 horas poder formular cargos, existe una disyuntiva en este tema ya que la defensa opina que es una flagrante violación al principio de inocencia pero no es menos cierto que los bienes jurídicos protegidos amenazados constituyen una afectación inminente a la ciudadanía.

Para que esta medida y procedimiento se cumpla debe existir la respectiva motivación al juzgador por parte de la Fiscalía cumpliendo con lo preceptuado en la ley.

A partir de las reformas del 24 de diciembre de 2019 cuando hablamos de prisión preventiva puede para la Fiscalía constituirse como una situación compleja y para la defensa ser solo una demanda al Juzgador que haga valer el garantismo penal a que me refiero con aquello, le pedido de la Fiscalía se fundamenta en los presupuestos del artículo 534 del COIP.

Pero hasta qué punto se puede sostener el pedido si en el numeral 3 del referido artículo establece un verbo rector que es demostrar "el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes".

Con este enunciado positivista es complejo poder sostenerlo, pese a que se cumpla con el tiempo de la pena privativa de libertad, que haya certeza, claridad en la participación, que no cuente con un arraigo social y mucho menos que no garantice una posible reparación integral digno de análisis en la valoración al bien jurídico protegido especialmente cuando nos referimos a delitos de género, tráfico ilícito de sustancias, contra la eficiencia de la administración pública entre otros.

De igual forma la defensa le demandará al juez motivar la aceptación de esta medida ya que de no ser así estaría violando ley expresa.

A partir de esto, en el código se pasa a contemplar individualmente cada una de las medidas cautelares.

> ***Art. 523.- Prohibición de ausentarse del país***
>
> *"La o el juzgador por pedido de la o el fiscal, podrá disponer el impedimento de salida del país, que se lo notificará a los organismos y autoridades responsables de su cumplimiento, bajo prevenciones legales"* (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

El Ministerio de Gobierno otorga información en el (Portal Único de Trámites Ciudadanos, 2020) para poder orientar con respecto a las medidas cautelares y además los servicios migratorios que incurren al momento de que se da la prohibición. En este caso, para dar cumplimiento se busca que se garantice la gestión migratoria.

La prohibición de salida del país va dirigida a personas nacionales y extranjeras, ya que no distingue la ciudadanía al momento de ejecutar un delito dentro del

país por el principio de territorialidad[179] y de acuerdo a las normas de ámbitos de aplicación. [180]

Ya teniendo la orden emitida por el juzgador, esta se remite al Ministerio del Interior, de acuerdo al artículo 123 del (REGLAMENTO A LA LEY ORGÁNICA DE MOVILIDAD, 2017):

> *"Órgano rector.- El Ministerio del Interior, ejercerá la rectoría del control migratorio. El control migratorio, a nivel nacional, se realizará a través del área responsable.*
>
> *La autoridad de movilidad humana remitirá la información correspondiente a la autoridad del control migratorio, respecto a la emisión, cancelación, revocatoria y renovación de visas, así como el cambio de categoría migratoria, y las demás que se requieran en razón de su competencia, con la finalidad de mantener actualizada la base de datos del sistema informático de migración".*

Porque siendo el órgano rector, se busca que se mantenga un control en cuanto a entradas y salidas, llamado el registro migratorio.

> *"Art. 124.- Registro, control de ingreso y salida de personas.- El Ministerio del Interior a través del área responsable realizará el control de ingreso y salida de las*

179 Para poder aplicar el principio de territorialidad de la ley penal, hay que considerar qué se va a entender por territorio, y más en concreto cuál es el territorio. Dentro del derecho español se lo explica del siguiente modo. Primero teniendo al ámbito terrestre. Aplicado en el Ecuador, sería toda la región continental más la región insular, así mismo forman parte del territorio los edificios de las sedes diplomáticas y consulares de países extranjeros. El mar territorial, o zona adyacente a las costas (refiriéndonos a las aguas, al lecho y al subsuelo), sobre la que tenga soberanía el Estado, en el caso del Ecuador las 200 millas marinas. En el ámbito aéreo, diremos que podemos fijar el espacio aéreo con facilidad una vez que ya tenemos fijado el mar territorial y el ámbito terrestre, ya que la soberanía del Estado. También existe el espacio ultraterrestre, considerando la prolongación del planeta en el espacio. Y finalmente las naves y aeronaves con bandera ecuatoriana. (Iberley, 2020)

180 El artículo 14 del COIP, nos explica cuando la ley ecuatoriana se aplica con un delito (Sea nacional o extranjero): Artículo 14.- Ámbito espacial de aplicación.- Las normas de este Código se aplicarán a: 1. Toda infracción cometida dentro del territorio nacional. 2. Las infracciones cometidas fuera del territorio ecuatoriano, en los siguientes casos: a) Cuando la infracción produzca efectos en el Ecuador o en los lugares sometidos a su jurisdicción. b) Cuando la infracción penal es cometida en el extranjero, contra una o varias personas ecuatorianas y no ha sido juzgada en el país donde se la cometió. c) Cuando la infracción penal es cometida por las o los servidores públicos mientras desempeñan sus funciones o gestiones oficiales. d) Cuando la infracción penal afecta bienes jurídicos protegidos por el Derecho Internacional, a través de instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, siempre que no se haya iniciado su juzgamiento en otra jurisdicción. e) Cuando las infracciones constituyen graves violaciones a los derechos humanos, de acuerdo con las reglas procesales establecidas en este Código. 3. Las infracciones cometidas a bordo de naves o aeronaves militares o mercantes de bandera o matrícula ecuatoriana. 4. Las infracciones cometidas por las o los servidores de las Fuerzas Armadas en el extranjero, sobre la base del principio de reciprocidad. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

> *personas nacionales y extranjeras al territorio nacional en los puertos, aeropuertos y pasos fronterizos oficiales, y registrará el ingreso, salida y las observaciones que se presentaren en el sistema informático de migración, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Movilidad Humana"* (REGLAMENTO A LA LEY ORGÁNICA DE MOVILIDAD, 2017).

Con este artículo, el ministerio se hace responsable de llevar un inventario, detallado, en cada uno de los puertos aéreos, marítimos o terrestres, para tener observancia en mediante el uso de sistemas informáticos, consiguiendo la verificación del cumplimiento de la medida cautelar.

La vigilancia se basa en que cualquier persona podría librarse de este control, ya sea usando los métodos ilegales para cruzar a las demás fronteras y escapándose el mismo, por ello este trabajo es de permanente atención.

Por consiguiente, el Ministerio de Gobierno, también indica los pasos del trámite que deben realizar para la prohibición: Primero debe presentarse la cédula de ciudadanía o pasaporte en conjunto a la fecha de nacimiento, más el anexo de la medida cautelar impuesta por el juez, y llenarse esto en un formulario web (en caso de realizarse en línea).

Este trámite puede realizárselo en línea o presencial. En línea, debe seguir el formulario dicho anteriormente, llenar la información y simultáneamente esperar a recibir la notificación de la Dirección de Servicios Migratorios del Ministerio de Gobierno. Con ello, se da por finalizado el trámite que será llevado a conocimiento general de todos los implicados en la seguridad fronteriza del país.

Cuando es realizado de manera presencial, el formulario es entregado directamente en las oficinas o sucursales en cada ciudad. Reconociendo que, del mismo modo, los ciudadanos o extranjeros pueden consultar si mantienen alguna medida cautelar activa en el Sistema Migratorio Ecuatoriano (SIMIEC). (Portal Único de Trámites Ciudadanos, 2020)

A consideración del presente estudio, se sopesa esta medida cautelar son las más idóneas para asegurar la comparecencia al proceso sin que se afecte de sobremanera al procesado, cumpliendo con el garantismo constitucional y también el beneficio ante los acusados. Ya que el si este no puede abandonar el país, "legalmente", entonces estaría presente en el caso de ser requerido.

Lamentablemente en la práctica, no suele verse de este modo y como ejemplo mayor, tenemos a los casos en que políticos que han sido acusados de cometer algún delito, han sido capaces de abandonar el Estado ecuatoriano.

En efecto, es una limitación al derecho de libre tránsito del procesado, pero sus efectos son muchos menos que los de la prisión preventiva, por lo que se deberían preferir sobre otras. Como en las medidas anteriores lo que se pretende asegurar la comparecencia al proceso acusado, así como la eventual reparación integral y el cumplimiento de la pena.

El procesado tiene derecho a defenderse en la libertad, motivo por el cual se piensa que los jueces y fiscales deberían realizar su trabajo de la manera más prolija, porque de lo contrario, se atenta directamente contra el principio de mínima intervención penal, con lo que no extraña al principio de oportunidad quede en letra muerta, y que no vaya con respecto a lo que en un principio se quiere evitar y es que el derecho penal agobie a los involucrados, sino que en sí, busca es que no se cometa el hecho ante la pena que ya existe, y que además, se vuelva una reparación hacia la víctima y también la reinserción de culpable a la sociedad.

A propósito de esta crítica que se ha hecho a la prisión preventiva, los instrumentos internacionales señalan:

> *"6. La prisión preventiva como último recurso; 6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.6.2 Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano. 6.3 El delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva"* (Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), 1990).

Con esto, se busca que la medida principal sea primero la de evitar que salga del país el procesado, y así yendo de nuevo al nivel de grados.

El sistema debe tender a la dictación de medidas que no sean tan abrasivas con la dignidad de los acusados, lamentablemente vivimos en un medio en el que con la sola interposición de una denuncia, cadenas radiales o reportajes televisivos se condena, con la presión a los procesados.

Comentario:

Esta medida cautelar quizás es la mayormente utilizada y aplicada por las autoridades y requerida por la titular de la acción penal, pero el control de la misma

tiene que ser muy estricto en días de cumplimiento de la presentación sea ante el Juez o ante el Fiscal de la causa.

La responsabilidad que tienen los servidores judiciales designados para el seguimiento y control es fundamental en el caso de los Actuarios de despachos tanto de la Judicatura como de la Fiscalía quienes elaboran la correspondiente acta de presentación adjuntando documento de identificación del procesado para así asegurar el control y estar muy pendientes para que en caso de incumplimiento solicitar al Juez la respectiva audiencia de revisión de cumplimiento de medidas cautelares. En la cual se peticionará y se ejecutará de inmediato la prisión preventiva en vista de la razón de no cumplimiento.

> ***Art. 524.- Obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad***
>
> *"La o el juzgador podrá ordenar al procesado presentarse ante él o ante la autoridad o institución que designe. El funcionario designado para el control de la presentación periódica ante la autoridad tendrá la obligación ineludible de informar a la autoridad judicial competente dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día previsto para la presentación y de forma inmediata, si ésta no se ha producido, bajo pena de quedar sujeto a las responsabilidades administrativas"* (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Partiendo de este artículo, volvemos al hecho de que para evitar que el procesado no se presente al juicio, se le obliga a que asista cada cierto tiempo (en un plazo determinado por el mismo juez) al juzgado o al lugar donde se lo requiera.

Además, existe un Encargado —por parte de la administración—; un funcionario encargado para el control de la presentación periódica que debe, de igual forma, ser controlada para que se conozca que sigue dentro del lugar dónde se llevarán las audiencias.

Y en caso de que no llegara a presentarse, tiene un plazo de 48 horas para notificar que no ha acudido para que así se use otro medio de búsqueda hacia la persona procesada. Caso contrario, la responsabilidad caería sobre el funcionario.

Así mismo, también esta medida también no infringe en que se afecte como tal el derecho a la libertad de los procesados, ya que, si en este caso no se presenta, se ordenará automáticamente la prisión preventiva.

En este trabajo, se considera que la medida cautelar en este caso, porque el acusado se presentará de forma constante en el proceso, y que estaría la carga psicológica de estar presente cada cierto tiempo que se necesite. La obligación

de presentación periódica es dispuesta por el juez de garantías penales, y dicha presentación se realiza generalmente en la fiscalía, los que a su vez informan al juzgador y subsiste hasta que se ejecutoríe la sentencia.

Para corroborar el cumplimiento de esta medida, se designa a un funcionario que será el encargado de reportar periódicamente sobre esta. Usualmente esta medida debe ser aplicada en conjunto con la de prohibición de salida del país para que así se proceda con un mejor y más estricto régimen que promueva a que ambas medidas compenetren en el objetivo como tal de lo que buscan.

Comentario:

Esta medida cautelar quizás es la mayormente utilizada y aplicada por las autoridades y requerida por la titular de la acción penal, pero el control de la misma tiene que ser muy estricto en días de cumplimiento de la presentación sea ante el Juez o ante el Fiscal de la causa, la responsabilidad que tienen los servidores judiciales designados para el seguimiento y control es fundamental en el caso de los Actuarios de despachos tanto de la Judicatura como de la Fiscalía quienes elaboran la correspondiente acta de presentación adjuntando documento de identificación del procesado para así asegurar el control.

Los funcionarios deben estar muy pendientes para que en caso de incumplimiento solicitar al Juez la respectiva audiencia de revisión de cumplimiento de medidas cautelares. En la cual se peticionará y se ejecutará de inmediato la prisión preventiva en vista de la razón de no cumplimiento.

Art. 525.- Arresto domiciliario

> *"El control del arresto domiciliario estará a cargo de la o del juzgador, quien puede verificar su cumplimiento a través de la Policía Nacional o por cualquier otro medio que establezca. La persona procesada, no estará necesariamente sometida a vigilancia policial permanente; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica y obligatoriamente deberá disponer el uso del dispositivo de vigilancia electrónica"* (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Por este medio se limita la libertad de comunicarse del procesado, así como la posibilidad de movilizarse fuera de su domicilio, ya que como su propia denominación lo establece, este tipo de arresto se manifiesta en cada lugar residencial de la persona procesada y no dentro de los Centro de Privación de Libertad, lo cual también alivia la carga que dentro del país se presenta cada establecimiento que posee para encarcelar a los delincuentes o los sujetos en los que exista una duda presuntiva sobre un hecho delictivo.

La regla general de esta medida es que debe ser aplicada en situaciones especiales que realmente impliquen que una prisión preventiva podría incluso llevar a condiciones que el acusado posea complicaciones, por ejemplo, que este sea un adulto mayor o que sufra una enfermedad catastrófica.

Dentro de este artículo, también incurre el principio de presunción de inocencia, ya que satisface también el garantismo procesal y lo que establece el sistema jurídico. Y cuando el derecho penal internacional, ya que continua con lo que emanan los convenios internacionales y su cumplimiento.

En el artículo 12 del COIP, en el numeral 11, habla sobre la salud[181] de la persona privada de la libertad, siendo que este especifica que aun estando dentro de las instalaciones penitenciarias, debe existir el derecho de salud preventiva, curativa y de rehabilitación, que sea de modo físico, mental, en el momento que se requiera, de forma especializada —dependiendo de la enfermedad que este posea—, y así garantizar la vida de las personas. Entonces, el Estado debe seguir aportando más recursos hacia cada uno de estos centros, siendo así que, si la persona no va, y padeciendo de alguna enfermedad, entonces no tendría que incurrir en el cuidado de esta persona. Se asume que estas personas al tener una "debilidad" pueden ocasionar un suplicio, por motivos que aún no existe una sentencia en firme que destruye su estado de inocencia.

No obstante, en la práctica esto ha variado, con respecto al cumplimiento de cuidados hacia la salud de las personas en prisión. Tenemos así a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que mediante las palabras de (Posada Segura, 2009), se dio a conocer a mayor escala con respecto al caso de Víctor Rosario Congo, siendo parte del informe No. 63/99. El 14 de septiembre de 1990 el guía Walter Osorio atacó al recluso Víctor Rosario Congo, en el Centro de Rehabilitación de Machala, causándole una herida en la cabeza. La víctima permaneció sola en una celda de ese Centro de Rehabilitación desde el 14 de septiembre hasta su traslado al hospital Luis Vernaza el 25 de octubre, donde murió; la víctima falleció debido a su estado de deshidratación avanzada según surge de la autopsia que se le practicó. La Comisión Interamericana afirmó: "Las personas

181 Con esto reconocemos también que el derecho a la salud no puede ser quitado de las personas por más que ahora se haya determinado como culpable de un hecho. En el artículo 32 de la constitución nos presenta lo siguiente: *"La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional".* (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

que se encuentran bajo custodia en una institución penitenciaria, tal como el Centro de Rehabilitación de Machala, se hallan bajo la jurisdicción directa del Estado, el cual tiene la carga de garantizar la integridad física, psíquica y moral de los detenidos".

Esta medida siempre va a acompañada del uso de un dispositivo de vigilancia electrónica, además que el cumplimiento deberá ser verificado constantemente por medio satelital en concordancia con la ayuda de la Policía Nacional, aunque en el segundo caso, también pueden fijarse horarios de presentación ante la policía, siendo estas de carácter obligatorio. La medida es competente ya que se dan dos puntos resaltantes: Primero que el control se daría directamente mediante la Policía Nacional y con el uso del dispositivo. Y como segundo lugar que se evita el hacinamiento carcelario; siendo una contribución directo al sistema penal y el aparato estatal, ayudando a que exista un mejor flujo en cuanto a los ingresos que se requieran para la mantención de estos complejos.

Otro principio visto es el de proporcionalidad, porque las medidas cautelares no privativas de libertad implican una ponderación adecuada entre el riesgo de fuga, las circunstancias del caso y el delito en particular. En concordancia con los hechos actuales que atraviesa la raza humana, la prevalencia de medidas de esto tipo cumplen lo siguiente:

> *En una situación excepcional como la que impera en la actualidad, el Estado puede sacrificar su interés en asegurar por medio de la prisión preventiva la persecución de determinados delitos cuando, por la levedad de las conductas endilgadas, la escasa afectación al bien jurídico involucrado y las condiciones personales de la persona acusada, no resulta razonable someter a esta última a que padezca un peligro cierto de contagio.* (Fichter, 2020)

En este caso, Fircher habla sobre la enfermedad que pueda tener una persona, incluso que la conducta que haya cometido sea también "leve" por lo que una prisión preventiva no sería la adecuada, o que esta también pueda someterse a un contagio por otra parte y su condición pueda verse empeorada. En consecuencia, las circunstancias observamos que se favorece no solamente estos principios, sino a la salud en general de los acusados. Esta institución debería ser más utilizada para al respetarse los derechos de ellos que pese a tener una acusación, siguen siendo personas con derechos.

Como establece (Martínez Rave, 1997), este código orgánico penal —actual y vigente, tomando en referencia al anterior—, lo que tiene como objetivo es:

> *Garantizar normativamente los derechos de las personas privadas de libertad, para que sean tratadas con dignidad, estas normas consagran una serie de derechos que tiene toda persona privada de libertad, no solo en los establecimientos de reclusión, sino también el tratamiento que estas deben tener por parte de los funcionarios administrativos y judiciales. Desde un parámetro debe respetarse las normas internacionales sobre derechos humanos y en ningún caso habrá violación de los mismos.*

Pese a que el derecho estudiado por el antes mencionado autor es el colombiano y de hace 20 años, el Ecuador se ha regido con esta nueva ideología de la teoría del garantismo penal. Luigi Ferrajoli, en su reconocido libro "Derecho y Razón", nos enseña a qué hay que referirse con esta corriente, partiendo, sobre todo, en cuándo se juzga, cómo se juzga y cómo se castiga. Pero, para relacionarlo con el tema de la salud, vamos a partir de los principios que menciona a la necesidad y la humanidad de las penas[182]. Con la necesidad, es que se debe pensar que el caso se mide dentro de una escala de riesgos. Si tenemos a la persona que padece de una enfermedad, tal cual se mencionó anteriormente y que esta pudiera llegar a contagiarse dentro de los pabellones de seguridad o también contagiar a los demás presos, eso qué tipo de desastre generaría y cuántos gastos a la administración serían capaces de darse solo por haber escogido una medida que no era idónea para este caso en específico. Y no solo quedándose en ese punto, sino también que en caso de que esta persona posea algún tipo de discapacidad y su movilización sea limitada, habría menos probabilidades de fuga.

Ahora comenzando con la humanidad de las penas, y una vez más retomando el tema de la salud, puesto que se parte asimismo de un caso hipotético, se convertiría en un hecho "desalmado" a sabiendas que alguien que sufra algún tipo de problema renal, no sea capaz de continuar con sus tratamientos de diálisis,

182 Las penas en la antigüedad fueron feroces, ya habiendo sido la pena de muerte o penas corporales, donde la condición del individuo era lo que menos importaba; si este pasaba hambre, desnutrición o padecimientos en general. Por eso se habla de la historia de los delitos como la más compleja y horripilante con respecto a los castigos que el mismo ser humano impuso, ya que se aplicaba una pena programada. Y eso demostró que no importaba necesariamente cuán crueles sean las penas, el "delincuente" dentro de la sociedad seguía muy latente. Entonces se asumen un cuestionamiento hacia el problema ético-político de los límites de la aflicción penal en general, y el otro versa sobre los problemas de los criterios de la pre-determinación legal de las medidas de las penas y actuaciones de los delitos. En base a esto, existe este sistema de pena mínima, además que se busca que se inunde de los principios y protecciones necesarias, no solo para la víctima, si no del mismo modo para el procesado, buscando finalmente la rehabilitación para incluirse una vez más dentro del sociedad. (Ferrajoli L. , 2014)

por ende, esta persona se irá acabando hasta la muerte. Lo que ocurre con este adjetivo del ámbito humano y además que sigue sin una sentencia en firme. Este sujete acusado sigue en miras a una decisión que podría terminar resultando a su favor.

Hay que recordar también que las consecuencias del daño hacia el individuo tienen la capacidad de llegar a otras instancias internacionales, que puedan ser procesos aún más delicados y engorrosos para el Estado ecuatoriano, así que la responsabilidad que incurre el decidir sobre una medida cautelar, no solo hay que vérselo desde el punto de los derechos internos, sino en los instrumentos ratificados por el mismo país.

En base a un informe emtido por la CIDH:

> La situación que actualmente puede verificarse en la mayoría de los establecimientos carcelarios de la región, opera como un factor de reproducción permanente de la situación de violencia que enfrentan las sociedades del hemisferio. A juicio de la Comisión, las políticas públicas sobre seguridad ciudadana que implementen los Estados de la región deben contemplar, de manera prioritaria, acciones de prevención de la violencia y el delito en las tres dimensiones clásicamente reconocidas: (1) Prevención primaria, referida a aquellas medidas dirigidas a toda la población, que tienen que ver con los programas de salud pública, educación, empleo, y formación para el respeto a los derechos humanos y construcción de ciudadanía democrática; (2) prevención secundaria, que incorpora medidas destinadas a personas o grupos en situación de mayor vulnerabilidad frente a la violencia y el delito, procurando, mediante programas focalizados disminuir los factores de riesgo y generar oportunidades sociales; y (3) prevención terciaria: relacionadas con acciones individualizadas dirigidas a personas ya involucradas en conductas delictivas, que se encuentran cumpliendo una sanción penal, o que han culminado 42 de cumplirla recientemente. En estos casos adquieren especial relevancia los programas destinados a las personas que cumplen sanciones penales privados de libertad. (Organización de los Estados Americanos , 2009)

Y es así que la CDIH además, analiza desde el punto de dignidad de la persona que esté encarcelada y que aunque se prohíba la libertad, se debe mantener la idea principal en cuanto a todos los ciudadanos tienen que ser ayudados por el Estado.

Comentario:

La aplicabilidad de esta medida cautelar está sujeta a situaciones excepcionales establecidas en el artículo 537 del COIP, el mismo que en las reformas del 24 de diciembre de 2019, incluye también en esta sección los casos de procesados que tienen calidad de miembros policiales y guías penitenciarios que el hecho por el que son procesados guarden estricta pertinencia a sus funciones.

Cabe señalar que esta medida cautelar es compleja en su control ya que la misma pese a encontrarse combinada con el dispositivo electrónico no me asegura que no habrá fuga del procesado ya que no es mandatorio de permanencia el control por parte de la Policía Nacional, el control está bajo la responsabilidad del Juez de la causa el mismo que deberá implementar medidas que sean eficaces y que por ninguna razón deriven en una fuga del procesado.

Parágrafo 1: Aprehensión

Art. 526.- Aprehensión

"Cualquier persona podrá aprehender a quien sea sorprendido en delito flagrante de ejercicio público y entregarlo de inmediato a la Policía Nacional. Las y los servidores de la Policía Nacional, del organismo competente en materia de tránsito o miembros de las Fuerzas Armadas, deberán aprehender a quienes sorprendan en delito flagrante e informarles los motivos de su aprehensión. En este último caso deberán entregarlos de inmediato a la Policía Nacional" (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Una medida que ya aspira a tener como tal el hecho de tener dentro del sistema penal —carcelario— a la persona implicada. El facto del artículo se basa en una persona que haya sido vista en el cometimiento de un delito fragrante, capturándolo para entregarlos en la Policía, a la vez en delitos de tránsito. Del mismo modo que las fuerzas armadas.

Pese a que ya no es aplicable esta normativa dentro del Ecuador, la definición del delito flagrante que se encuentra en el código de procedimiento penal, es adecuada para poder determinar cuáles son los elementos de la flagrancia. El artículo 162 de este antiguo libro jurídico estipulaba que, en primera debe ser cometido delante de una o más personas o que se descubra inmediatamente su comisión.

Partiendo de este primer lineamiento, se relaciona con la presencia de un testigo. Estos testigos, según la práctica procesal, se recomiendan que, a su vez, tengan

un criterio adecuado para el uso de sus palabras o bien grabaciones —en caso que sean capaces de capturarlas, lo cual daría más peso a su intervención—. Por otro lado, si es descubierto luego de que se haya realizado el acto, se habla de una palabra indefinida que es "inmediatamente", entonces, ¿qué se debería considerar por inmediato?

De acuerdo a la Rae[183], esta palabra es un adjetivo que representa a algo que sucede enseguida y sin tardanza. O que se realiza justo antes o justo después de otra cosa, sin que exista un tiempo de intervalo. Podría entonces hablarse de que se encuentre que la persona está relacionada por lo que ha ocurrido en el intervalo mínimo o no habiendo pasado las 24 horas (solo si pudiese establecerse un rango de tiempo).

Continuando con el siguiente presupuesto, se habla que el autor es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito recién cometido. (Código de Procedimiento Penal , 2000). Esto quiere decir que se necesite como tal, el arma se encuentre dentro del poder del posible actor, o ya sean pruebas necesarias para ser conocido como el mismo. También puede ser que las huellas sean las mismas que se hallaron en el lugar de los hechos, o bien pruebas que lo relacionen directamente con lo que se ha cometido. Aun así, deben tener la "idea" y que este pase más allá de una certeza para que así intervenga el poder del Estado.

Respecto a los delitos flagrantes la doctrina nos ilustra:

> *Una evidencia sensorial, no bastando una presunción, por muy probable que se presente la comisión delictiva; es necesaria una real perpetración del hecho, no una mera sospecha", añade además que el TS español considera que: "La palabra flagrante viene del latín flagrans flagrantis, participio de presente del verbo flagrare, que significa arder o quemar, y se refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama, y en este sentido ha pasado a nuestros días, de modo que por delito flagrante en el concepto usual hay que entender aquel que se está cometiendo de manera singularmente ostentosa o escandalosa.* (Martin, 1999)

Con lo dicho por Martin, se piensa que en primera este delito al cometerse de una forma llamativa y que provoque una reacción en su entorno, debido a eso atraiga a alguien que lo presencie o bien que se llame a la policía para la debida investigación, entonces eso crearía un "fuego" alarmante que llamaría su atención, por lo que su cometimiento sería resaltante en todos los aspectos y se encontraría al "culpable" en ese mismo instante.

183 (Real Academia Española , 2020)

(Zavala Baquerizo, 2005) acota para el entendimiento del delito lo siguiente:

> *Si el acto es una manifestación de voluntad —lo que no han podido negar los más intransigentes causalistas— es evidente que dentro del acto está encerrada la voluntad, la que, a su vez, contiene los móviles, los motivos y las representaciones que fueron los presupuestos que, en la deliberación interna, provocaron la resolución de actuar en tal o cual manera.*

Con esto señala lo que lo evidente debe ser resaltado en este tipo de delitos, ya que si se muestra que la voluntad que ha sido manifestada de esa forma, es que incluso así la policía tendría el hecho de verse afectado en el mismo nivel de parámetros para poder concluir que debe ser aprehendido. Es una "representación" clara de cómo se ha realizado al fin de cuentas.

En este texto están presentes los principios de celeridad o inmediatez, en el caso de los delitos flagrantes existe un procedimiento expedito, si es que llegara a tratarse de contravenciones penales y de tránsito, y el procedimiento directo en caso de tratarse de delitos sancionados con penas de hasta cinco años.

El principio de inmediatez del mismo modo es evidente porque de acuerdo a las circunstancias presentadas, se medirá si esto se ha realizado en un poco tiempo, como se explicó antes, que haya sido de inmediato, entre el tiempo de la aprehensión y la resolución, por ende, se cumple también con el principio de celeridad.

Así pues, se considera que es un artículo que da una utilidad única y de gran interés, dado a que la persona inculpada será llevada en menos tiempo ante la justicia, y que no solo eso, ya que para que exista un delito debe también haberse probado lo que se presenten como elementos consecutivos.

Ya que hablamos de los principios, también debemos referirnos al debido proceso, ¿será que la aprehensión hace que se vulneren los derechos de las personas que han sido acusadas, aunque no exista como tal una sentencia que determina su culpabilidad? Pues, no, por el hecho de que el criterio que se establece para los delitos flagrantes es distinto a los demás, ya que se pondera también en cuando el daño causado a la víctima y que, si esta puede recibir el reparo de lo ocurrido con mayor brevedad, terminaría siendo un beneficio. Además, no es como si el procesado quedara en un desvarío o desprotección por parte de la ley, teniendo de ejemplo como se presentará más adelante y es que la instrucción fiscal será de un máximo de 30 días.

Aquí así es recomendable hablar sobre los elementos de convicción y prueba según la legislación ecuatoriana, como un resumen de aquello que se presenta en el código orgánico integral penal.

Los elementos de convicción solo se dan en los delitos de acción pública, en la etapa procesal, por lo que las diligencias investigativas que se hagan dentro de esta etapa, deberían ser todas las que el fiscal otorgue, ayude o promueva con otras instituciones, por ejemplo, documentos, versiones dada por las partes o bien los testigos, sospechosos, etc. Estos mismos solo tienen valor para que el fiscal sustente sus acciones y no tienen valor fuera de la etapa de instrucción.

Lo que se manifiesta como una evidencia material se deben referir a los actos procesales que realizan el fiscal o la policía judicial para recoger información de la escena del crimen, siempre cumpliendo la cadena de custodia. Estos actos son: El reconocimiento del lugar, reconocimiento de instrumentos —objetos, armas, entre otros—, reconocimiento del cadáver, de lesiones —en caso de ser violación, pericias que confirmen el estado de los órganos sexuales de las víctimas— y que se reconstruya el hecho.[184]

Las evidencias que se encuentren podrán ser incorporadas a la investigación a pedida del fiscal y estas declaraciones son rendidas en la etapa de investigación a pedido del fiscal. Las declaraciones por otra parte, se consideran parte de la etapa de investigación, pero, por otro lado, en la etapa de juicio se habla de prueba testimonial.

No se puede confundir que los elementos de convicción son similares a la prueba anticipada, ya que se maneja en un ámbito completamente distinto, es decir, que los elementos de convicción es el conjunto de todo lo que el juez usará para llegar a su conclusión, en cambio, la prueba anticipada, es por el hecho de que esta llegase a cambiar o modificarse, afectando el seguimiento del proceso o incluso el razonamiento final.

184 *"9. Disponer que la persona aprehendida en delito flagrante sea puesta a órdenes del órgano judicial correspondiente, a fin de que resuelva su situación jurídica dentro de las veinticuatro horas desde que ocurrió la aprehensión. 10. Disponer al personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o autoridad competente en materia de tránsito, la identificación del sospechoso o de la persona procesada cuando la víctima o los declarantes no conozcan su nombre y apellido, pero aseguren que la identificarían si vuelven a verla, de acuerdo con las disposiciones previstas en este Código. 11. Solicitar a la o al juzgador que dicte las medidas cautelares y de protección que considere oportunas para la defensa de las víctimas y el restablecimiento del derecho. Igualmente podrá pedir la revocatoria o cesación de dichas medidas cuando estime que la investigación practicada ha permitido desvanecer los indicios que las motivaron. 12. Ordenar el peritaje integral de todos los indicios que hayan sido levantados en la escena del hecho, garantizando la preservación y correcto manejo de las evidencias. 13. Aplicar el principio de oportunidad. 14. Disponer la práctica de las demás diligencias investigativas que considere necesarias. Siempre que se limiten los derechos de alguna persona se requerirá autorización de la o el juzgador* (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Hay que siempre recordar que los elementos de convicción solo adquieren valor de prueba una vez que sean presentados y valorados en audiencia ya que es así como se emiten una estimación de los propios actos cometidos.

Luego de esta explicación con respecto al uso de las pruebas, podemos determinar que, en primer lugar, para que exista la aprehensión, se recogen las evidencias materiales para que el juez determine, dentro de las 24 horas, si existe algún tipo de certeza que la persona requiera mantenerse dentro de los centros de retención.

De este modo, el procedimiento explícito abarca primero el contacto con el fiscal de turno, se indican los hechos que se han cometido para que el Fiscal de turno solicite al Juez de Garantías Penales —también de turno— y como se dijo en el párrafo anterior, debe ser dentro de las 24 horas. El Fiscal, en presencia del juez, va a exponer los hechos relevantes junto a las pruebas o evidencias que tenga en su poder al momento de realizarse la audiencia de calificación de flagrancia. Si este delito superara la pena mayor a un año, entonces el juez deberá dictar medidas cautelares respectivas. El juez de Garantías Penales, resolverá mediante los elementos de convección una vez acabado el plazo y saber si continúan con las medidas cautelares o no. El fiscal tiene el deber de enviar todo lo realizado a la Secretaría de cada unidad, con el propósito de que se avoque a conocimiento y continué con su instrucción durante un máximo de 30 días (a diferencia de otro tipo de delitos), ya que se mantiene la idea de la persona que está aprehendida y que no se le pude causar una afectación.

Finalmente, luego de esta investigación, el juez deberá señalar día y hora para que se dé a lugar la audiencia preparatoria a juicio, donde el fiscal emitirá la sentencia[185] y de manera oral.

185 Las normas regulativas tratan al máximo de reducir la discrecionalidad y la arbitrariedad de los agentes del Estado. Ferrajoli llama a este modelo cognotivista y las normas declarativas se basan en siempre la cognición previa. La cognición previa exige algunos pasos: 1. Denotación, elección e interpretación de normas en función a los hechos. 2. Comprobación probatoria; esto es, que se deben comprobarlos hechos para que se produzca el efecto regulador. Las normas penales, en este sentido, son siempre una garantía de las personas. Tiene que haber un hecho que haya provocado un daño grave demostrado (materialidad de la acción) y tiene que haberse demostrado la culpabilidad (Capacidad para comprender y querer). 3. Connotación, que es el momento valorativo y equitativo de los hechos con el derecho. 4. Disposición, que es la decisión, en relación a un caso concreto. El modelo autoritario, que se basa en normas constitutivas, simplemente decide y se salta la denotación, comprobación y connotación que son los complementos de la argumentación jurídica y de la motivación. (Ávila Santamaría, 2013, págs. 82, 83)

Comentario:

Esta figura jurídica es aplicable en delito flagrante y nuestra propia norma establece que cualquier ciudadano puede aprehender a un sujeto que se encuentre cometiendo un delito flagrante y de manera inmediata entregarlo a la Policía Nacional o en su defecto los Miembros de Fuerzas Armadas en el momento que se encuentran realizando algún tipo de operativo podrán capturar pero inmediato entregar a la Fuerza Pública, igual situación ocurre para las infracciones de tránsito, aquí surge un tema significativamente importante el rol que tiene la Policía al momento de la aprehensión ya que debe hacerlo en flagrancias dentro de las 24 horas de cometido el hecho y una parte fundamental leerle sus derecho constitucionales establecidos en el artículo 77 numerales 3 y 4 de la Constitución de la República ya que de omitirse ese procedimiento puede existir ilegalidad de la aprehensión, esto ocurre con bastante frecuencia ya que en la audiencia de calificación de flagrancia no podemos olvidar que lo primero que se discute es la ilegalidad de la aprehensión y en algunas ocasiones por mal procedimiento el Juez en estricto derecho tendrá que dejar en inmediata libertad al aprehendido ya que no se pasa analizar responsabilidad sino preceptos básicos constitucionales.

Hay una realidad que ocurre en los accidentes de tránsito con mayor frecuencia que el participante del accidente de tránsito y quizás hasta el responsable por las circunstancias del hecho los agentes se olvidan de leer los derechos constitucionales, esto para todo abogado litigante debe ser una premisa fundamental de discusión en la audiencia ya que no por el simple hecho de tener un formato de lectura de derechos y de no encontrarse en condiciones signifique que se dio el procedimiento, asimismo en lo que respecta a la Fiscalía la respuesta en la contrarréplica al tema se tiene que afianzarse en las circunstancias de lo ocurrido y no permitir que se declare una ilegalidad de la aprehensión sin mayor discusión como parte de una estrategia de litigación oral.

Como conclusiones generales, de los capítulos analizados se puede llegar a los siguientes lineamientos.

En primera, en general con las reglas especiales de investigación de las infracciones presuntamente cometidas por medios de comunicación son necesarias para preservar los elementos de convicción que servirán de base a la acusación y sentencia. Con esto se relaciona directamente al punto de responsabilizar a los editores y/o administradores de los medios de comunicación es una forma de evitar la impunidad de delitos cometidos por estos entes, debido a que en algunos casos su poder mediático puede ser tal que resulte difícil investigar el asunto en cuestión.

Por otro lado, tenemos ya a las medidas cautelares, que son de mucha relevancia actualmente en el derecho, sobre todo para cumplir con el proceso y recordando las normas del debido proceso, más lo que determina la constitución, los tratados internacionales y diversos autores con respecto al manejo de la corriente garantista en el Ecuador. Las medidas cautelares deben cumplir con requisitos para poder ser solicitadas y concedidas. La solicitud debe estar fundamentada y guardar relación con el delito que se investiga, así también debe existir proporcionalidad entre la medida y el delito. Al ser concedidas el juzgador deberá motivar con suficiencia su decisión.

Además, que se debe priorizar las medidas cautelares no privativas de libertad, debido a que solo así se respetan los postulados generales del Estado de derechos, y así no incurrir a incluso llenar el aparato Estatal lo cual no permitiría un mejor manejo. O al final también sufrir las consecuencias de no haber hecho los determinados ejercicios de valor, hechos, corroborar las pruebas, determinar el caso, su gravedad, si existe peligro de fuga o no de no comparecencia o la cuestión física y mental del acusado o de la víctima. De este modo se resalta que el sistema penal ecuatoriano debe estar conectado y todo debe ser manejado de la mejor forma posible, en aras del desarrollo colectivo y social de nuestro entorno.

Bibliografía

Acción Extraordinaria de Protección, N° 005-16-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 1 de junio de 2016).

Alemán, J. (2017). *Aplicación del principio de oportunidad para los delitos contra la integridad sexual en el Ecuador.* Quito: Universidad San Francisco de Quito.

Ávila Santamaría , R. (2013). *La Injusticia Penal en la Democracia Constitucional de Derechos.* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Buongermini, M. (s.f.). *Corte Suprema de Justicia de Paraguay*. Obtenido de https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/procesal/Mar%C3%ADa-Buongermini-Medidas-Cautelares.pdf

Cisneros, M. (2014). *LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ECUADOR.* Cuenca: Universidad de Cuenca.

Código de Procedimiento Penal , Registro Oficial Suplemento 360 (Congreso Nacional del Ecuador 13 de enero de 2000).

Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento 544 (09 de Marzo de 2009).

Código Orgánico Integral Penal (Asamblea Nacional 2014 de febrero de 2014).

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 (20 de octubre de 2008).

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, (Pacto San José) (San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969).

El Universo. (19 de DIciembre de 2019). Política. *En Ecuador el 40% de las personas privadas de la libertad tiene prisión preventiva*, págs. https://www.eluniverso.com/noticias/2019/12/19/nota/7657770/ecuador-40-personas-privadas-libertad-estan-prision-preventiva.

Enciclopedia Jurídica. (2020). *Enciclopedia Jurídica*. Obtenido de http://www.enciclopedia-juridica.com/d/contradictorio/contradictorio.htm#:~:text=(principio%20del).,demanda%20o%20de%20su%20defensa.

Ferrajoli, L. (2001). *Derechos fundamentales y garantías.* Madrid: Editorial Trotta S.A.

Ferrajoli, L. (2014). *Derecho y Razón .* Madrid: Editorial Trotta S.A.

Ferrer Beltrán, J. (2011). APUNTES SOBRE EL CONCEPTO DE MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES. *ISONOMÍA (Revista de Teoría y Filosofía del Derecho)*.

Fichter, L. (6 de junio de 2020). *Eficacia normativa del arresto domiciliario como remedio frente a la pandemia de COVID-19.* Obtenido de Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional: http://www.amfjn.org.ar/2020/05/05/eficacia-normativa-del-arresto-domiciliario-como-remedio-frente-a-la-pandemia-de-covid-19/

Huerta Ochoa, C. (UNAM (México)). Interpretación y argumentación en el derecho. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*.

Iberley. (Obtenido el 15 de noviembre de 2020). *berley, portal de información jurídica*. Obtenido de https://www.iberley.es/temas/ambito-espacial-ley-penal-47891#:~:text=En%20la%20mayor%C3%ADa%20de%20los,de%20la%20nacionalidad%20de%20aquellos

Jarama, Z., Vásquez, J., & Durán, A. (2019). El principio de celeridad en el código orgánico general de procesos, consecuencias en la audiencia. *Revista Científica de la Universidad de Cienfuegos*, 314-323.

Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador.* Quito: Defensoría Pública Ecuador.

Ley Orgánica de Comunicación, Registro Oficial Suplemento 22 (Ultima modificación: 20-feb.-2019 25 de junio de 2013).

Martin, R. (1999). Entrada en domicilio por causa de delito flagrante. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.*

Martínez Rave, G. (1997). *Procedimiento Penal Colombiano.* Bogotá : Temis.

Martínez, J. I., & Zúñinga Urbina, F. (2011). *Estudios Constitucionales.* Obtenido de Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002011000100007:https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000100007

Muñoz Conde, F. (1989). *Teoría General del Delito, 2°ed. .* Valencia: Tirant to Blanch.

Organización de los Estados Americanos . (31 de diciembre de 2009). *COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.* Obtenido de https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf

Pereira, S. (2013). *LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS PROBATORIOS.* Girona: Universidad de Girona.

Portal Único de Trámites Ciudadanos. (2020). *MINISTERIO DE GOBIERTO GOB.EC (Beta)*. Obtenido de Consultas de medidas cuatelares (Arraigo o impedimente de salida país): https://www.gob.ec/mdg/tramites/consultas-medidas-cautelares-arraigo-impedimento-salida-pais

Posada Segura, J. D. (2009). *El Sistema Penitenciario. Estudio sobre Normas y Derechos relacionados con la Privación de la Libertad.* Bogotá: Librería Jurídica COMLIBROS.

Rainer Arnold, J. I., & Zúñiga Urbina, F. (2012). *Estudios Constitucionales.* Obtenido de Revista Semestral de Centro de Estudios Constitucioniales de Chile http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000100003:https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100003#n2

Real Academia Española . (15 de noviembre de 2020). Obtenido de https://dle.rae.es/inmediato

REGLAMENTO A LA LEY ORGANICA DE MOVILIDAD, Decreto Ejecutivo 111 (Registro Oficial Suplemento 55 10 de 08 de 2017).

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), Asamblea General en su resolución 45/110 (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) 14 de diciembre de 1990).

SENTENCIA No. 011-14-SEP-CC, CASO No. 2076-11-EP (CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR 15 de enero de 2014).

SENTENCIA No. 030-15-SEP-CC, CASO No. 0849-13-EP (CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR 04 de febrero de 2015).

SENTENCIA No. 30&16-SEP-CC, CASO No. 1927-11-EP (CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR 21 de septiembre de 2016).

SENTENCIA No. 287-16-SEP-CC , CASO No. 0578-14-EP (CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR 31 de agosto de 2016).

Servicio en asesoriamiento en Derecho Internacional Humanitario . (Marzo de 2014). *"La responsabilidad de los superiores y la responsabilidad por omisión".* Obtenido de https://www.icrc.org/es/download/file/3658/la-responsabilidad-de-los-superiores-y-la-responsabilidad-por-omision-ficha-tecnica.pdf

Tellegen-Couperus, O. (2003). *Quintilian and the law: The art of persuasion in law and politics.* California: Leuven University Press.

Zavala Baquerizo, J. (2005). *El Proceso Penal y las Garantías Constitucionales.* Guayaquil: Corporaciones, Estudios y Publicaciones .