La edición de esta obra y las características gráficas son propiedad de Cevallos editora jurídica.

Venta y Distribución

CEVALLOS®
LIBRERÍA • JURÍDICA

Fan page: @cevalloslibreria
cevalloslibreria@gmail.com

- Jerónimo Carrión N22–14 y José Tamayo
  Telefax: (593-2) 290 53 03
  (593-2) 600 35 66

- Clemente Ponce 229 y Piedrahita
  Teléfono: (593-2) 250 15 32

- Iñaquito N37-168 y UNP
  Teléfono: (593-2) 224 01 68

Quito - Ecuador

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, por medio de cualquier proceso reprográfico y de tratamiento informático, sin la autorización escrita del editor.

Debate Constitucional
con Jurisprudencia

Edición a cargo de

» ***Luis Fernando Torres***

Auspicia:
Fundación Hanns Seidel

www.fhs.ec

www.cad.org.ec

Quito - Ecuador
2018

El libro es el producto del esfuerzo intelectual de un grupo humano que facilita su materialización.

Fotocopiar el libro va en perjuicio de todos quienes hacen posible esta obra impresa.

Respeta nuestro trabajo quizá tú también en un futuro seas un autor novel o editor connotado.

El contenido intelectual, investigación y originalidad de esta obra son de responsabilidad exclusiva de sus autores.

Diseño editorial, Portada & Diagramación
Ing. Roberto Cevallos Añasco
cevalloseditora@gmail.com

Revisión y Corrección Ortográfica
Staff Cevallos editora jurídica

Impresión
FR Ediciones

Debate Constitucional con Jurisprudencia 2018
Edición a cargo de: Luis Fernando Torres

ISBN 13: 978-9978-392-90-4

Edición: Enero, 2018
Tirada: 550 ejemplares

ÍNDICE

Presentación 9

« Estudios y Monografías »

1. Incentivos tributarios como herramienta de Política Fiscal: Breve comentario sobre la posible configuración de un privilegio
Gabriel Santiago Galán Melo..... 13

2. Derechos de la naturaleza, contratación pública y extractivismo en Ecuador. Las tensiones irresolubles de la política constitucional socio-económica
Paúl Córdova Vinueza..... 25

3. El Levantamiento del velo societario ejecutado por las autoridades con potestad coactiva
Felipe Torres Cobo..... 35

4. La inconstitucionalidad de la prohibición del recurso de apelación sobre el auto de llamamiento a juicio en materia penal
María Emilia Muñoz Hidalgo..... 49

5. El control abstracto de constitucionalidad de los mandatos constituyentes, promulgados por la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi
Pablo Silva Mejía 61

6. La teoría de maximización del valor y la teoría de los "Stakeholders"
María Fernanda Zamora Castillo..... 73

« Ensayos Jurídicos y Procesos »

1. **¿El procedimiento directo en materia penal viola derechos fundamentales?**
María José López Cobo..... 87

2. **"Protocolo de personas desaparecidas" Desaparecidos en el Ecuador, una lacerante realidad**
Raúl Recalde Suárez..... 101

3. **¿Es el Código Orgánico Integral Penal una respuesta ecuatoriana a la hegemonización mundial? Perspectiva desde la Teoría del Fin**
Gustavo Chiriboga..... 113

4. **Código de Entidades de Seguridad Ciudadana (Extracto demanda de inconstitucionalidad)**
Luis Fernando Torres..... 123

« Legislación »

Ab. María José López Cobo (Sistematización)

1. Nueva contribución por mejoras
La Ley Orgánica para la Eficiencia de la Contratación Pública..... 135
2. Universidades privadas controladas
Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación..... 139
3. Sistematización de normas que regulan la relación entre administrados y administración pública central
Código Orgánico Administrativo..... 141
4. Servicio de Protección Pública
Código Seguridad Ciudadana..... 149
5. Paraísos Fiscales y funcionarios públicos
Ley Orgánica para la aplicación de la Consulta Popular efectuada el 19 de febrero de 2017..... 151

6. Contribución especial por mejoras
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Infraestructura Vial del Transporte Terrestre..... 155
7. Impuesto a la plusvalía inmobiliaria
La Ley Orgánica para Evitar la Especulación sobre el Valor de las Tierras y Fijación de Tributos..... 159

« Jurisprudencia »

Ab. María José López Cobo (Sistematización)

1. Derecho a la identidad y legitimidad procesal..... 165
2. Personas jurídicas, hábeas data y autodeterminación informativa 169
3. Reserva y pruebas en la indagación..... 173
4. Legalidad *vs.* constitucionalidad en contratación pública..... 177
5. Eficacia de contrato colectivo..... 181
6. Subsidiariedad y residualidad de la acción de protección..... 185
7. Inconstitucionalidad relativa por omisión legislativa: Procedimiento en COIP..... 189
8. Alimentos y apremio personal: Privación de libertad y prohibición de salida para obligados principales..... 195
9. Cambio de sexo, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la identidad..... 201
10. Ejecución de sentencia y medidas cautelares de arbitraje (MERCK *vs.* PROPHAR: tercera AEP)..... 207
11. Informe pericial es hecho procesal fundamental (MERCK *vs.* PROPHAR: tercera casación)..... 211
12. Prisión preventiva e indígenas..... 215
13. Parámetros de la motivación de sentencias..... 219
14. Nulidad de acto administrativo carece de relevancia constitucional..... 223

15. Acciones constitucionales en procesos de contratación pública 227
16. Derechos a la vivienda y a la igualdad material *vs.* formalidades legales..... 231

PRESENTACIÓN

Por noveno año consecutivo la Corporación Autogobierno y Democracia (CAD), con el auspicio invalorable de la Fundación Hanns Seidel (FHS) publica el Libro Debate Constitucional.

En la sección de estudios y monografías, se publican temas relacionados con los incentivos tributarios como herramienta de política fiscal, los derechos de la naturaleza, la contratación pública y el extractivismo en el Ecuador, el levantamiento del velo societario ejecutado por las autoridades con potestad coactiva, la inconstitucionalidad de la prohibición del recurso de apelación sobre el auto de llamamiento a juicio, el control abstracto de constitucionalidad de los mandatos constituyentes de Montecristi y la teoría de maximización del valor.

En la sección ensayos jurídicos y procesos se publican temas relacionados con el procedimiento directo en materia penal, el protocolo de personas desaparecidas, la perspectiva de la teoría del fin en el COIP y la inconstitucionalidad del COESC.

En la sección de legislación se difunden comentarios de varias leyes aprobadas por la Asamblea Nacional durante el año 2017.

En la sección de jurisprudencia se incluyen análisis de los analistas de la CAD de sentencias relevantes en el ámbito constitucional nacional.

El presente libro será de utilidad para académicos, intelectuales y estudiantes interesados en comprender la evolución jurídica desde una perspectiva constitucional.

El Editor

estudios y monografías

I

INCENTIVOS TRIBUTARIOS COMO HERRAMIENTA DE POLÍTICA FISCAL:

BREVE COMENTARIO SOBRE LA POSIBLE CONFIGURACIÓN DE UN PRIVILEGIO

Gabriel Santiago Galán Melo[1]

Resumen: Este breve ensayo trata de los incentivos tributarios como herramienta de política fiscal, haciendo hincapié en que la configuración de éstos concluye necesariamente en la creatura de un privilegio que quiebra abruptamente el deber general (y constitucional) de contribución al gasto público, el cual se justifica razonablemente, en todo caso, en la medida en que la promoción de la productividad y del nivel de generación de empleo que conlleva tal medida, en el tiempo, incremente suficientemente, respecto de otros o del mismo tributo, el número de contribuyentes, el nivel de rentas gravadas o el número de transacciones en las que se grava el consumo; de modo tal, que el supuesto (ordinario) de no-afectación fiscal no conlleve ni promueva un mecanismo que desfinancie gravemente al Estado.

Palabras clave: política fiscal, tributo, incentivo tributario, gasto tributario, privilegio.

1. Abogado por la Pontíficia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Especialista Superior en Tributación por la Universidad Andina Simón Bolívar, Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Técnica Particular de Loja, Magister en Derecho mención Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar. Presidente del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal. Docente Universitario en la Universidad de los Hemisferios y en la Universidad Andina Simón Bolívar. Asesor Legislativo.

I. Introducción

Los ecuatorianos, de manera inusual –no se lo había hecho antes con el detalle actual–, *positivamos*[2] en la Constitución de la República de 2008[3] los objetivos de la política económica y la política fiscal. De conformidad con el artículo 284, numeral 2, de la misma, la política económica ecuatoriana tiene como uno de sus objetivos el de incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas; y, según consta en el numeral 3 del artículo 285 *ejusdem*, uno de los objetivos específicos de la política fiscal en nuestro país es: "la generación de los incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables". De ahí que, el artículo 24[4] del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversio-

2. Es decir, se introdujeron al texto constitucional como normas positivas concretas.
3. Texto promulgado mediante Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.
4. "Art. 24 (Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones).- Clasificación de los incentivos.- Los incentivos fiscales […] son de tres clases: 1. Generales: De aplicación para las inversiones que se ejecuten en cualquier parte del territorio nacional. Consisten en los siguientes: a. La reducción progresiva de tres puntos porcentuales en el impuesto a la renta; b. Los que se establecen para las zonas económicas de desarrollo especial, siempre y cuando dichas zonas cumplan con los criterios para su conformación; c. Las deducciones adicionales para el cálculo del impuesto a la renta, como mecanismos para incentivar la mejora de productividad, innovación y para la producción eco-eficiente; d. Los beneficios para la apertura del capital social de las empresas a favor de sus trabajadores; e. Las facilidades de pago en tributos al comercio exterior; f. La deducción para el cálculo del impuesto a la renta de la compensación adicional para el pago del salario digno; g. La exoneración del impuesto a la salida de divisas para las operaciones de financiamiento externo; h. La exoneración del anticipo al impuesto a la renta por cinco años para toda inversión nueva; e, i. La reforma al cálculo del anticipo del impuesto a la renta. 2. Sectoriales y para el desarrollo regional equitativo: Para los sectores que contribuyan al cambio a la matriz energética, a la sustitución estratégica de importaciones, al fomento de las exportaciones, así como para el desarrollo rural de todo el país, y las zonas urbanas según se especifican en la disposición reformatoria segunda (2.2), se reconoce la exoneración total del impuesto a la renta por cinco años a las inversiones nuevas que se desarrollen en estos sectores, la exoneración prevista para industrias básicas y la deducción del 100% adicional del costo o gasto de depreciación anual, de conformidad con la ley. 3. Para zonas deprimidas: Además de que estas inversiones podrán beneficiarse de los incentivos generales y sectoriales antes descritos, en estas zonas se priorizará la nueva inversión otorgándole un beneficio fiscal mediante la deducción adicional del 100% del costo de contratación de nuevos trabajadores, por cinco años. 4. Para proyectos públicos ejecutados en asociación público-privada […] podrán obtener las exenciones al impuesto a la renta, al impuesto a la salida de divisas, a los tributos

nes[5] prevea, y haya previsto a partir del año 2010, un número considerable de incentivos generales, sectoriales y especiales a favor de las diversas inversiones que se ejecutan en territorio nacional.

Empero de aquellas proposiciones constitucionales y legales, que datan de alrededor de diez años atrás, la noción (conceptual y como aplicativo) del incentivo tributario como herramienta de política fiscal ha calado profundamente en el debate nacional a partir de la remisión, que hiciese el Presidente de la República de Ecuador, licenciado Lenín Moreno Garcés, a la Asamblea Nacional, en el mes de noviembre de 2017, del proyecto de ley denominado: "Ley Orgánica para Impulsar la Reactivación Económica de Ecuador",[6] la cual –según consta en su texto– pretendía garantizar la estabilidad fiscal, impulsar la equidad tributaria, la producción y la generación de empleo. Fines ulteriores, éstos, que han alimentado la discusión ordinaria sobre la prevalencia o no de los fines fiscales o recaudatorios de los tributos por sobre los fines extra-fiscales o económicos y la problemática particular respecto de la disminución o eliminación de uno o varios tributos a favor de un grupo específico de contribuyentes, bajo la prerrogativa de la generación de incentivos productivos.[7]

---

al comercio exterior y más beneficios previstos en la Ley de Régimen Tributario Interno […]."

5. Texto promulgado mediante Suplemento del Registro Oficial No. 351, de 29 de diciembre de 2010.
6. Este proyecto fue enviado con el carácter de urgente en materia económica. Estuvo formado por 21 artículos, 11 disposiciones generales, 14 disposiciones transitorias, 5 disposiciones reformatorias y 2 disposiciones derogatorias. Proponía reformas a las leyes de: Régimen Tributario Interno, Equidad Tributaria, Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Lavado de Activos, Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, a los códigos: Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Tributario, Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y Orgánico Monetario y Financiero.
7. Vid. Gabriel Santiago Galán Melo, *La igualdad jurídica y la no discriminación en el régimen tributario*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013), 85-157.

Por ello, el objetivo de este breve ensayo es visibilizar el hecho de que los incentivos tributarios constituyen naturalmente privilegios: supuestos aparentes de discriminación fiscal que inevitablemente resquebrajan el deber general y constitucional de todos los ciudadanos de contribuir para el sostenimiento del gasto público,[8] los cuales –en todo caso– se justifican razonablemente si, entre sus consecuencias mediatas, garantizan la finalidad ordinaria fiscal del régimen impositivo (ampliando la base de contribuyentes o las manifestaciones de riqueza gravadas), es decir, la de recaudar con suficiencia los recursos necesarios para el sostenimiento de aquel gasto; en cuyo caso, los incentivos tributarios adoptarían la configuración de una herramienta efectiva de política fiscal, a través de la cual, racionalizando el régimen tributario nacional, se garantizaría finalmente la sostenibilidad financiera del Estado sin la necesidad de incrementar la presión fiscal a todos o a una parte de los contribuyentes que, *contrario sensu*, podría promover la informalidad, la especulación y la evasión tributaria. Sin embargo, cabe advertir que este breve ensayo no trata de modo alguno de la conformación racional del gasto público ni de su eficiencia.

II. El deber general de contribución al sostenimiento del gasto público

A partir de la asimilación generalizada del *Estado del bienestar*,[9] parece inevitable la intervención del Estado en la economía,[10] pues, debe promover e imponer un sistema adecuado de

8. "Art. 83 (Constitución de la República).- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: […] 15. Cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la ley […]."
9. Vid. Claus Offe, *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, (Madrid: Alianza, 1990), 135-150.
10. La intervención y participación estatal en el mercado económico se consolidó con el reconocimiento y admisión generalizada del estado social y democrático de derecho, estado de bienestar o *welfare state* (*Wohlfahrtsstaat*) en los textos constitucionales contemporáneos.

normas e instituciones con contenido y/o afectación económica que garanticen el ejercicio pleno de los derechos constitucionales de los individuos y los colectivos que lo conforman.[11] En Ecuador, el rol asignado constitucionalmente al Estado en la economía es el de planificar el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución de la República.[12] En éste, el límite de aquella intervención, que actualmente es ineludible, en ciertas ocasiones parece tenue –revestido de una incómoda opacidad–; sin embargo, no resulta ajeno y bien puede ser asimilado a través del *principio de subsidiariedad*, bajo la premisa razonable de que el Estado debe intervenir, orientando su actuación al bien común, solo cuando advierta que los particulares o las organizaciones sociales intermedias (como la familia) no ejecutan una labor indispensable para la comunidad o la ejecutan inadecuadamente.[13] No entenderlo así supondría una lesión grave a los derechos constitucionales.[14]

Este modelo superó la concepción económica clásica del estado liberal decimonónico, de la no intervención o intervención mínima del estado en la economía. Cfr. Klaus Tipke, *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*, (Madrid: Marcial Pons, 2002), 33-34; cfr. Luigi Ferrajoli, "Estado Social y Estado de Derecho", en: *Derechos Sociales. Instrucciones de Uso*, Víctor Abramovich, María José Añón, Christian Courtis, comp., (México: DJC, 2003), 11-13; cfr. José Roldán Xopa, *Constitución y Mercado*, (México: Editorial Porrúa, 2004), 82-84; cfr. Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, duodécima edición, (Madrid: Marcial Pons, 2010), 145-146.

11. Vid. Ferrajoli, "Estado Social y Estado de Derecho", 12 y 20-21.
12. El artículo 3 de la Constitución de la República establece como deber primordial del Estado, planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza para acceder al buen vivir.
13. Cfr. Encíclicas: *Rerum Novarum* (León XIII) y *Mater et Magistra* (Juan XXIII); Constitución pastoral *Gaudium et Spes* (Concilio Vaticano II), número 65; documento *Libertatis conscientia* (Congregación para la Doctrina de la Fe); en: *Compendio de la doctrina social de la Iglesia,* Pontificio Consejo de Justicia y Paz, (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2005).
14. De conformidad con el número 6 del artículo 11 de la Constitución de la República, todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; por lo que *–prima facie–* en Ecuador los derechos económicos, sociales y culturales no serían preferidos frente a los derechos de libertad (entre los que se encuentra el derecho a la propiedad privada) y participación.

Ahora bien, el rol del Estado ecuatoriano en la economía y las limitaciones del área o áreas de intervención pública no son objeto del presente ensayo, pero la sola percepción de una inevitable intervención relieva la necesidad estatal de contar con los recursos económicos suficientes para atender los deberes y obligaciones que se derivan del rol asignado constitucionalmente.[15] Villegas sostiene que las "detracciones coactivas de riqueza denominadas tributos",[16] constituyen la mayor fuente de ingresos para el Estado; e indica que los tributos son "las prestaciones obligatorias exigidas por el Estado en virtud de su potestad de imperio, para atender sus necesidades y realizar sus fines políticos, económicos y sociales";[17] por lo que, los tributos –debidamente configurados– deberían ser percibidos sencillamente como el costo ordinario que todos deberíamos asumir por una convivencia digna en comunidad y el deber de contribuir, como un deber de solidaridad social que responde a un principio constitucional de justicia (social) y se enmarca en torno a los principios materiales de los tributos (generalidad, capacidad contributiva, igualdad y no confiscatoriedad) y al principio formal de legalidad o reserva de ley en materia tributaria.[18]

En Ecuador, el numeral 15 del artículo 83 de la Constitución de la República declara: "Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: […] Cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la ley […]."; acentuando de este modo el hecho de que el deber general de contribución al sostenimiento del gasto público en nuestro país se materializa siempre que los tributos cumplan

15. Vid. José Vicente Troya Jaramillo, Apuntes sobre la teoría de la tributación, material de lectura Maestría en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, marzo de 2002, 1; vid. Carlos María Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero*, tomo 1, novena edición, (Buenos Aires: La ley, 2004), 197; vid. Paul Samuelson y William Nordhaus, *Economía*, décima cuarta edición (Madrid: MacGraw-Hill, 1993), 386.
16. Héctor Villegas, *Manual de Finanzas Públicas*, (Buenos Aires: Depalma, 2000), 183.
17. Ibídem, 178.
18. Cfr. Cristina Pauner Chulvi, *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), 1-350.

natural e irremediablemente con el fin para el cual son o han sido configurados: recaudar dinero suficiente para el sostenimiento de aquel gasto. Sin embargo, no todos los tributos cumplen únicamente esa finalidad (la de recaudar con inmediatez dinero suficiente), pues, en múltiples oportunidades se ha hecho uso de aquellos y de su régimen regulatorio, para promover o desincentivar diferentes actividades o consecuencias económicas,[19] manifestando así su capacidad –a más de la recaudatoria– como instrumentos de política fiscal.

Una de las múltiples manifestaciones que proyecta la finalidad extra-fiscal o económica en materia tributaria es el incentivo tributario: aquel privilegio justificado por el cual un contribuyente en particular queda liberado de la afectación fiscal ordinaria de uno o varios tributos, a fin de promover una actividad o consecuencia económica en específico. Los incentivos tributarios inevitablemente constituyen un privilegio porque, de modo irreversible, se alejan y resquebrajan el deber general de contribución al sostenimiento del gasto público y en consecuencia se configuran en franca oposición al contenido tradicional de los principios constitucionales-tributarios de generalidad, igualdad y capacidad contributiva; en cuyo caso, estos mismos principios deberán proyectarse de un modo distinto a fin de justificar razonablemente aquel supuesto de privilegio[20] y, evitar el deterioro del régimen impositivo y la dilución irracional en el imaginario colectivo de aquel deber general de contribución al sostenimiento del gasto público que se encuentra constitucionalizado.

19. Vid. Giuliani Fonrouge, Op. Cit., 273.
20. Vid. Galán Melo, Op. Cit., 126-142.

III. Los incentivos tributarios como herramienta de política fiscal

Los incentivos tributarios –como ya se ha dicho– constituyen privilegios justificados razonablemente en los cuales los principios constitucionales del régimen tributario nacional adoptan manifestaciones singulares a fin de apuntalar dicha justificación.[21] Pérez de Ayala y González señalan, por ejemplo, que: "los principios del artículo 3 de la Ley General Tributaria [española] no son necesariamente respetables y aplicables a los impuestos cuya *ratio legis* es político económica de ordenamiento económico, y no financiera (no fiscal)"[22]; ya que, tratándose de figuras tributarias extra-fiscales (como los incentivos tributarios), los principios materiales del tributo como instituto jurídico deben asumir nuevas manifestaciones y convertirse en causas de justificación de los privilegios que han sido creados adecuadamente, por necesidad y en estricto sentido de la proporcionalidad.[23] Así, el artículo 3 de la Ley General Tributaria de España,[24] en su enunciación de principios de ordenación del sistema tributario toma en consideración al principio de igualdad, el cual, tratándose de incentivos tributarios, deberá excluir de su contenido las manifestaciones regulares de los principios de generalidad y capacidad contributiva, y asumir al interno –*inter alia*– la proyección de los principios de razonabilidad y de equidad en la redistribución de la riqueza para justificar los estados de aparente discriminación fiscal.[25]

21. Vid. Ibídem.
22. José Luis Pérez de Ayala y Eusebio González, Derecho Tributario I, (Salamanca: Plaza Universitaria Ediciones, 1994), 160.
23. Vid. Galán Melo, Óp. Cit., 126-142.
24. "Artículo 3. Principios de la ordenación y aplicación del sistema tributario. 1. La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad. 2. La aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y asegurará el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios."
25. Vid. Galán Melo, Op. Cit., 126-142.

Ahora bien, ¿por qué se configuran y por qué se promueven dinámicamente a los incentivos tributarios? Toscano Soria señala que: "Los incentivos tributarios responden a la política fiscal de una nación, en la que el Estado se sacrifica dejando de percibir sus ingresos tributarios para estimular el desarrollo económico o social de áreas específicas, fomentando a ciertos sectores en actividades productivas en zonas geográficas."[26] Almeida, por su parte, indica que los incentivos tributarios son: "aquellas medidas de política fiscal, que revertidas en normas jurídicas […] establecen una diferenciación en el tratamiento tributario en beneficio de una actividad económica, zona o región geográfica en relación con otras, con el propósito de fomentar su desarrollo en atención a la importancia que revisten tales actividades, zonas o regiones para el desarrollo socio-económico integral de un Estado."[27] De modo que los incentivos tributarios –en definitiva– son herramientas (instrumentos) de política fiscal que buscan la promoción de una actividad o sector económico, o la recuperación económica de una zona o región geográfica, en *pos* del desarrollo integral de un Estado.

Pero, ¿por qué el Estado perseguiría la promoción de una actividad o sector económico en particular, o la recuperación económica de una zona o región geográfica? Porque debe garantizar un nivel de vida digno a todos sus habitantes; es decir, lo hace para cumplir las finalidades (políticas, económicas y sociales) por las cuales, en origen, fue constituido como tal. Sin embargo, ¿la sola promoción de una actividad o sector económico, o la recuperación económica de una zona o región geográfica garantiza la existencia del Estado y el cumplimiento de todos sus fines? No. No basta la sola recuperación económica de una comunidad, se requiere asimismo garantizar la sostenibilidad del gasto que conlleva la existencia y permanencia del Estado y las actividades que éste realiza para garantizar un nivel de vida

26. Luis Toscano Soria, *Nuevos Estudios sobre Derecho tributario*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2006), 53.
27. Diego Almeida Guzmán, *Curso de Legislación Tributaria Corporativa*, (Quito: s/e, 2001), 34.

digno a todos sus habitantes; de modo que, los incentivos tributarios no pueden justificarse únicamente en el cumplimiento de la finalidad extra-fiscal que motivó, en esencia, su configuración, sino que, debe garantizar asimismo, de manera mediata, un fin recaudatorio –y la suficiencia del mismo- de modo que, el gasto tributario,[28] llegue a ser, en el tiempo, compensado e incluso, a futuro, se pueda prever una mejora en los niveles de recaudación.

De modo que este tipo de privilegios: exenciones, deducciones y desgravaciones, no se justifican en sí mismos, pues, la sola promoción y ejecución de los fines económicos que les sirven de fundamento directo no obtienen, necesariamente, una reducción proporcional del gasto público ni lo suple. *Contrario sensu*, las nociones contemporáneas de desarrollo se encuentran estrechamente vinculadas al ámbito de la exigibilidad de los derechos fundamentales, en particular de los derechos económicos, sociales y culturales, y a la lucha contra la pobreza,[29] supuestos que inevitablemente promueven el incremento del gasto público; por lo que, la finalidad mediata de los incentivos tributarios (en cuyo caso se mantiene aquella proyección como herramienta de política fiscal) debe ser –sujeto a evaluación y verificación– el incremento del número de contribuyentes o del *quantum* de las manifestaciones de riqueza que son objeto de gravamen fiscal (renta, patrimonio o consumo), de manera que a más de la promoción de una actividad o consecuencia económica en particular, se garantice la suficiencia de los ingresos para el gasto público o al menos, no constituya ni conlleve un mecanismo que desfinancie gravemente al Estado.

28. "Art. 94 (Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas).- Renuncia de ingresos por gasto tributario.- Se entiende por gasto tributario los recursos que el Estado, en todos los niveles de gobierno, deja de percibir debido a la deducción, exención, entre otros mecanismos, de tributos directos o indirectos establecidos en la normativa correspondiente."
29. Cfr. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, «http://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html», consulta: noviembre de 2017.

Negar o desconocer aquello, solo promovería los efectos negativos que produce una aplicación irracional de los incentivos tributarios. Al respecto, Piza Rodríguez ha señalado que:

> "[…] las tendencias recientes desaconsejan este modelo de gasto tributario [incentivos tributarios] porque no se miden sus resultados y porque responden más a coyunturas de presiones políticas que ha (sic) políticas económicas sostenibles (Pacto Fiscal, Cepal 1.999). En Colombia, esta visión aislada o individual de los beneficios ha llevado a aceptar demasiados privilegios sin reparar en el efecto agregado que reduce la eficiencia y la productividad del sistema tributario."[30]

Por lo que, la racionalidad y proyección futura –a través de esquemas de evaluación y medición de resultados– en la configuración y aplicación de los incentivos tributarios es indispensable; ya que, en su ausencia, los incentivos tributarios producen efectos negativos o, en el mejor de los casos, no producen efecto alguno. Por ejemplo, si se disminuyen los tributos a un empresario o a un grupo de empresarios, su rentabilidad aumenta y por tanto estarían dispuestos a invertir en el país; sin embargo, los tributos en Ecuador son necesarios, el Estado tiene que financiar sus funciones básicas de producción de bienes públicos y redistribuir el ingreso a través del gasto social; por lo que, para compensar el efecto de la promoción irracional de dicho incentivo tributario, debería aumentar los tributos al resto de empresarios, quienes, en consecuencia, tendrán un desincentivo para invertir en el país; por lo que, el efecto neto del incentivo impuesto irracionalmente sería absolutamente neutro.[31] De ahí que se concluya, finalmente, que, más allá de la justificación razonable de los privilegios impuestos mediante los incentivos tributarios, que ocurre por intermedio de los fines económicos

30. Julio Roberto Piza Rodríguez, *Capacidad económica como principio del sistema tributario*, en: Revista de Derecho Fiscal, Universidad Externado de Colombia, mayo de 2003, 75.
31. Cfr. Francisco Azuero Zúñiga, *Incentivos Tributarios en Colombia: fuente de privilegios y de corrupción*, en: Economía y Políticas públicas, julio 2.012, <http://franciscoazuero.blogspot.com/2010/ 04/incentivos-tributarios-en-colombia.html>, consulta: noviembre de 2017.

inmediatos y los fines recaudatorios mediatos; en la aplicación de aquellos debe considerarse necesariamente su racionalidad y avizorar sus consecuencias futuras.

IV. Conclusión final

Los incentivos tributarios son herramientas o instrumentos de política fiscal. Son configurados como privilegios que quiebran abruptamente el deber general (y constitucional) de contribución al gasto público, pero que se justifican razonablemente por la finalidad económica que cumplen, siempre que ésta, en el tiempo, garantice, además, el incremento adecuado del número de contribuyentes o del *quantum* de las manifestaciones de riqueza objeto de gravamen fiscal, respecto de otros o del mismo tributo que ha sido directamente afectado por el supuesto de no-afectación; de modo que, a más de promover una actividad o una consecuencia económica determinada, garantice también la suficiencia recaudatoria, en cuyo caso, los incentivos tributarios deben ser configurados y aplicados racionalmente, proyectando siempre sus consecuencias o efectos futuros.

DERECHOS DE LA NATURALEZA, CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EXTRACTIVISMO EN ECUADOR. LAS TENSIONES IRRESOLUBLES DE LA POLÍTICA CONSTITUCIONAL SOCIO-ECONÓMICA

Paúl Córdova Vinueza[1]

Introducción

Para mirar el presente y pensar el futuro de esos derechos, es preciso advertir que el desarrollo se ha construido a partir de visiones excluyentes y desiguales para los derechos de los pueblos y la naturaleza. La búsqueda de un modelo de desarrollo propio y sus alternativas requiere alterar y reinventar los sistemas económicos, políticos, culturales y ambientales de dominación, incluso repensar aquellos imaginarios y prácticas en torno a la vida, la producción, el consumo y las maneras en que nos relacionamos como individuos y nuestras necesidades.

La existencia de aquellos derechos debe tomar distancias y marcar disputas con un concepto de desarrollo asociado a un modo de vida sustentado en la economía de consumo, centrada únicamente en el extractivismo de los recursos naturales y que ha creado prácticas y subjetividades orientadas a legitimar la reproducción social basada en la mercantilización de los derechos

1. Doctor en Jurisprudencia (UCE) y Msc. en Investigación en Derecho, mención Derecho Constitucional (UASB-E). Docente de la Universidad Central del Ecuador. hpaulcordova@yahoo.es.

y servicios, la privatización de oportunidades, la exclusión para el desarrollo de capacidades y el sometimiento de la condición humana a los propósitos y bondades del capital, en su perspectiva de ponerle un precio a todo acto humano y de constreñirlo a la lógica de la operación económica: oferta-demanda-costo.

La política constitucional socio-económica enfrentada a la justicia ambiental

Frente a ese canon del desarrollo –para asegurar la autoexpansión del capital–, la preocupación por lo que pueda pasar con estos derechos supone construir otro(s) paradigma(s): alternativas al desarrollo actual que interpelen las condiciones de producción y privilegien el estímulo de capacidades y oportunidades con responsabilidad ambiental e incentivando las fortalezas productivas de los pueblos y nacionalidades con sus modos de vida para vincularlos con el conjunto de políticas públicas hacia el desarrollo de sus culturas, conocimientos, sentimientos y pensamientos. Si queremos que los derechos en discusión tengan algo de futuro, aquello que postulo es una necesidad; pero, también, una decisión de responsabilidad para frenar el modelo acumulador y depredador que impera en el mundo. Pensar otro desarrollo es disputar la construcción de un nuevo pacto civilizatorio.

Para definir las contrariedades de los derechos de la naturaleza es preciso redescubrir la dimensión epistémica, material y territorial de su ejercicio. Para que estos derechos puedan ser activados se evidencia su escaso proceso de institucionalización, entendido como la falta de condiciones específicas para su desenvolvimiento y desarrollo, y, con ello, me estoy refiriendo a dos factores cruciales: i) la ausencia de servidores administrativos y judiciales imbricados en la vida cotidiana para que puedan intervenir oportunamente en las demandas de la gente sobre los

derechos ambientales y sus acuciantes conflictos, y ii) la escasa dogmática jurídica y jurisprudencia potente en materia de protección ambiental que generen un pensamiento alternativo en operadores administrativos y de justicia para encarar los imaginarios y la cultura dominante que ignora las necesarias protecciones a la naturaleza.

Las deficiencias en el desarrollo normativo de distintas categorías expresadas en el texto constitucional sobre los derechos de la naturaleza ocasionan dificultades en los operadores judiciales en el momento de implementar aquellas categorías con relación a los actos normativos cuestionados por infringir los derechos *in comento*.[2] Uno de los inconvenientes de la falta de discusión y capacitación de estos temas en la formación judicial,[3] la insuficiente investigación en educación superior sobre este tema y el atrasado tratamiento legislativo es un problema para el quehacer jurisdiccional: ¿cómo deciden los jueces la aplicación de principios, valores y reglas para amparar y reparar la naturaleza?, ¿es posible una colisión entre derechos del individuo y de la naturaleza?

¿Qué nos falta para impulsar el ejercicio de estos derechos? Son múltiples las variantes que se requieren, pero es menester empezar por mocionar la carencia de repertorios ciertos de acción social que se encuentren provistos de un correlato constitucional y procesal que ponga en funcionamiento las garantías jurisdiccionales sin perder de vista el acompañamiento con el seguimiento social para la generación de conquistas jurisprudenciales y sus efectos políticos.

2. Al respecto, pueden revisarse los trabajos de Gerardo Damonte, Manuel Glave y Juana Kuramoto, *Industrias extractivas y manejo de conflictos,* Lima, Grupo de Análisis para el Desarrollo, 2014; y Felipe Castro León, "La política extractiva petrolera frente a los derechos de los pueblos indígenas. Análisis de caso", tesis de abogacía, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016, publicada en el repositorio digital de esa universidad.
3. Renata Estefanía Nieto Moreno, *Acceso a la justicia según el Principio 10 de la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo en casos de daño ambiental en el Ecuador*, tesis de abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016, pp. 82 y ss.

Es imperativo exigir a los jueces mayores compromisos y obligaciones con el derecho ambiental constitucional mediante la presión argumentativa que entraña la defensa de lo más mínimo de nuestra existencia cotidiana y la suya, esto es: los conflictos socioambientales quebrantan los derechos esenciales de la vida y, en realidad, es ella misma la que está en peligro de extinción.

Hay un cierto fracaso con lo que pueden aportar las garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos de la naturaleza, lo cual hace posible la agudización de las problemáticas en cuestión y sus dilemas civilizatorios.

Y quisiera enfatizar en estos señalamientos por una razón cardinal: en los límites de aquellas garantías se mide la capacidad de acción de los jueces, de lo cual se desprenderán las condiciones expansivas o restrictivas de las garantías existentes para proteger estos derechos y las razones para proponer una jurisdicción especial y una garantía constitucional exclusiva para obtener los resultados que aquí se discuten.

La vigencia de los capítulos cuarto –sobre derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades– y séptimo –sobre derechos de la naturaleza de la norma máxima– tienen diversas articulaciones para su concreción.

En primer término, están provistos de un ejercicio subjetivo que requiere condiciones ideológicas y políticas para proyectar construcciones materiales en los complejos contextos socioambientales. De otra parte, son derechos que demandan fuertes dosis de entusiasmo y demasiados esfuerzos para poner en evidencia la predominancia de relaciones sociales caracterizadas por un conocimiento de la vida sustentado en la negación del "otro", a partir de un dominio cultural marginador que habilita o deshabilita el devenir de ciertos derechos.

Las sociedades están enfrentando en la actualidad un modelo de producción y desarrollo donde el sujeto y sus márgenes de sobrevivencia están por exceder los umbrales de sus posibilidades, si acaso no lo han hecho ya. Por ello, este tipo de derechos contribuyen a un florecimiento del activismo social que puede aportar a un proceso expansivo y justificatorio del activismo judicial para superar los límites de la legislación ambiental en procura de resguardar los derechos ambientales. Lo que corresponde buscar, como siempre, son los recovecos dentro de la institucionalidad para materializar estos derechos.

La política nacional de contratación pública y los derechos de la naturaleza

Existen serios conflictos entre la definición del estatuto constitucional para el sistema económico como de "social y solidario" frente a la matriz productiva extractivista impulsada a partir de la aprobación de la Norma Fundamental en 2008.

Los derechos de la naturaleza y sus mecanismos de protección se enfrentan con la política constitucional relativa a los sectores estratégicos. En un esquema de economía "social y solidaria", lo que debería ser estratégico es la búsqueda de una relación más armónica del ser humano con su entorno.

La política constitucional socio-económica definida en la Norma Suprema de 2008 ha creado las condiciones para una política pública que desconoce y violenta los derechos de la naturaleza: a saber, las llaves de la definición institucional de la "última palabra" sobre la prohibición de la actividad extractiva de recursos no renovables en áreas protegidas y zonas intangibles no tiene la ciudadanía, sino la élite del poder político, según la disposición del Art. 407 de la C. R. E.

El desarrollo del modelo productivo extractivista, que se ofrece desde ciertas disposiciones constitucionales, se reproduce en un sistema débil de controles y límites al poder. La política pública de contratación de obras, bienes y servicios del Estado ha profundizado la matriz productiva extractivista y se ha caracterizado por los siguientes componentes: i) eliminación de informes de controles previos de Procuraduría General del Estado y Contraloría General del Estado desde el año 2008 con la aprobación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; ii) consolidación de un organismo rector de la contratación pública: antes INCOP, ahora Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) que ha concentrado demasiadas atribuciones para el funcionamiento del sistema de compras públicas y las demandas de los actores de ese sistema lo han rebasado y superado para que ese órgano pueda cumplir cabalmente sus funciones; iii) la reducción de las competencias de control de la Contraloría General del Estado con la enmienda constitucional de 2015; iv) promoción de mecanismos discrecionales de contratación como el giro específico de negocios en las empresas públicas, el régimen especial para contratos de comunicación y difusión en entidades estatales, las contrataciones con proveedores únicos; es decir, tipos de contratación con escasos medios de control y seguimiento para la inversión de los recursos públicos.

La política de contratación de obras, bienes y servicios no ha sido capaz de estimular el desarrollo sostenible ni tampoco a los actores de la economía popular y solidaria. La asignatura pendiente del sistema en esta década consistiría en: ¿cuáles son los controles ambientales a los procesos de contratación pública? Los tipos de contratación previstos en la L. O. S. N. C. P. no contienen formas de protección y compensación ambiental en los procesos contractuales irregulares. El mecanismo de la Feria Inclusiva, que es el que más privilegia los actores micro, pequeños y medianos productores, ha sido el menos utilizado durante los diez años del sistema de contratación pública y éste ha aportado poco en su desarrollo.

La política nacional de compras públicas en el Estado ecuatoriano promueve un modelo de producción sin límites humanos ni ambientales. Las políticas de ejecución presupuestaria y control del gasto público incentivan el consumo con escasos límites para el desarrollo sustentable porque el principal requisito es gastar y consumir para asegurar la asignación presupuestaria anual de cada entidad y el compromiso de la entrega de recursos.

La reducción de la desigualdad estructural no es el parámetro de control del gasto público y los procesos de contratación pública, sino que los controles existentes están hechos para proteger y favorecer a los grandes productores, contratistas y proveedores con el único fin de gastar el presupuesto asignado y comprometido. No es novedad que las entidades públicas se vean en la obligación de gastar todo su presupuesto en contratos de consultorías con escaso valor técnico, insuficiente seguimiento de su proceso contractual y mínima necesidad institucional para su realización, todo lo cual se justifica para asegurar el mismo presupuesto anual o uno mayor en el próximo año.

A manera de conclusiones

El desafío radica en pensar otra política de contratación pública y otro Derecho económico para un modelo de producción distinto. Hay una relación directa y perfecta entre la matriz productiva extractivista y la corrupción que Eduardo Gudynas la identificado a partir de los siguientes ejes: i) la imposición de emprendimientos extractivistas; ii) el debilitamiento de los controles estatales; iii) la invisibilización de los impactos locales; iv) la exclusión de los reclamos de transparencia; v) la inmunización de malas prácticas empresariales; y, vi) el reforzamiento de la cultura extractivista. La convergencia de esos parámetros daría como resultado una política extractivista corrupta.

Aquellos propósitos son viables si el Estado redefine sus políticas públicas hacia visiones que rectifiquen el desarrollo con enfoques inclusivos para repensar la satisfacción de derechos, igual acceso a oportunidades y condiciones compartidas para producir. No se trata de vivir todos de la misma forma, sino bajo la expansión de iguales derechos para promover potencialidades humanas, oportunidades sociales y alternativas que respeten la vida de las personas, así como la protección de las libertades públicas para vivir y desarrollar(se).

El mejoramiento de las condiciones de los derechos *in comento* es posible mediante la descolonización de la vida humana y las maneras para armonizarla con el ambiente, lo cual será viable con políticas públicas en desarrollo inclusivo e innovación que privilegie el siguiente horizonte: la potenciación de capacidades humanas y la profundización de políticas redistributivas para alcanzar la articulación de prácticas de economía social y solidaria. Sin embargo, conviene también puntualizar que estas políticas deben reconocer y coadyuvar todas las expresiones –laborales, comerciales o industriales– de sectores que pueden tener diferencias y disensos con relación a los enfoques anunciados, pero que merecen respuestas y oportunidades para innovar, producir y crear oportunidades.

BIBLIOGRAFÍA

Castro León, Felipe. "La política extractiva petrolera frente a los derechos de los pueblos indígenas. Análisis de caso", tesis de abogacía, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016.

Córdova Vinueza, Paúl. Justicia dialógica para la última palabra. Por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

_____. Derecho procesal constitucional. Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

_____. Derechos sin poder popular. Quito: Centro Andino de Estudios Estratégicos / Centro de Estudios Construyendo Ciudadanía y Democracia de la Universidad Central del Ecuador, 2013.

_____. "Resistencia y deliberación pública: derechos de participación para transformar las relaciones socio-estatales", Anales: Revista de la Universidad Central del Ecuador, núm. 371, marzo de 2013, pp. 257-288.

_____. "La constitución de los comunes. Constitucionalismos dialógicos para desafiar las biopolíticas", en Pablo Eduardo Slavin, Támara Rogers y Claudina Orunesu, compiladores. Nuevos debates en filosofía y ciencia política. Mar del Plata, Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho, 2015.

_____. "La crisis del control de constitucionalidad", Conferencia, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 16 de septiembre de 2015.

_____. "Más poder al poder. Nuevos constitucionalismos autoritarios", Simposio, XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional "El diseño institucional del Estado

democrático" en homenaje a Fernando Hinestrosa y Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 17 de septiembre de 2015.

_____. "Interpretación constitucional intercultural y constitucionalismo popular", Conferencia, XV Jornadas de Ciencia, Filosofía y Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata, 20 de noviembre de 2015.

_____. "¿Cómo deciden los jueces? (Des)encuentros de la interpretación y argumentación jurisdiccional frente a la democracia constitucional", Justicia Electoral y Democracia, año 2, núm. 3, 21-30, noviembre de 2015.

_____. "La Constitución desconstitucionalizada. Líneas jurisprudenciales del sistema de administración de justicia constitucional ecuatoriano", en Luis Fernando Torres (ed.), Debate constitucional, Quito, Cevallos, 2016.

_____. "Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales". En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2016. Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2016.

Damonte Gerardo, Manuel Glave y Juana Kuramoto. *Industrias extractivas y manejo de conflictos,* Lima, Grupo de Análisis para el Desarrollo, 2014.

Nieto Moreno, Renata Estefanía. *Acceso a la justicia según el Principio 10 de la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo en casos de daño ambiental en el Ecuador*, tesis de abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016.

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EJECUTADO POR LAS AUTORIDADES CON POTESTAD COACTIVA

Felipe Torres Cobo[1]

I. Introducción

Con el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales (en adelante LODDL), se les otorgó a las instituciones del Estado, con jurisdicción coactiva, la potestad de quitar el velo societario, sin someterse a procedimiento judicial alguno. Esto ha afectado a los socios y accionistas e, inclusive, a los administradores y representantes legales de compañías ecuatorianas, en virtud del artículo 17, 17A y 17B de la Ley de Compañías, estos responden personal y solidariamente únicamente cuando se declare judicialmente que abusaron de la personalidad jurídica. El abuso de la personalidad jurídica no puede ser presumido por un funcionario administrativo llamado juez de coactiva, al que no le corresponde declarar la extinción de derechos ni el nacimiento de obligaciones.

Durante los cinco años de vigencia del artículo 1 de la LODDL, varias instituciones del Estado, con jurisdicción coactiva, por intermedio de los jueces de coactivas, han levantado el velo societario mediante autos extensivos de pago, autos ampliatorios de pago o providencias ampliatorias del auto de pago. Con la expedición de estos actos administrativos, sin funda-

1. Abogado de los Tribunales de la República por la Universidad San Francisco de Quito, Maestrante en Derecho Arbitral Internacional por la Universidad San Francisco de Quito. Abogado en libre ejercicio. Gerente de la firma Torres & Torres Cobo.

mento, han presumido el abuso de la personalidad jurídica y han trasladado las deudas de las personas jurídicas coactivadas a sus socios, accionistas, administradores y representantes legales.

Los casos estudiados en este ensayo corresponden a procesos coactivos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante IESS), la Corporación Financiera Nacional (en adelante CFN) y la Dirección General de Aviación Civil (en adelante DGAC). El común denominador en estos casos es que los jueces de coactiva presumieron la existencia de abuso de la personalidad jurídica en autos extensivos de pago, autos ampliatorios de pago o en providencias ampliatorias del auto de pago. Oportunamente, los jueces constitucionales de instancia declararon la vulneración de los derechos constitucionales de los coactivados extensivamente. Inclusive, la Corte Constitucional, ha seleccionado dos sentencias de acción de protección, que se encuentran en proceso de revisión, identificadas con números de expedientes constitucionales 0286-15-JP y 0272-17-JP, según las cuales los jueces de derecho son los únicos que pueden rasgar el velo societario sin violentar derechos reconocidos en la Constitución.

En este ensayo se deja en claro que se violentan los derechos constitucionales de los coactivados extensivamente cuando se levanta el velo societario sin que el juez de coactiva haya remitido el caso al juez de derecho competente.

II. Artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales

El proyecto de Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales fue presentado por el Presidente de la República, con carácter económico urgente, el 28 de junio del 2012, mediante Oficio No. T. 6456-SNJ-12-756. La Ley se publicó en el

R.O. No. 707 suplemento del 26 de septiembre de 2012. Sobre la versión original, la Asamblea incorporó algunas modificaciones que fueron objetadas parcialmente por el Presidente mediante oficio No. T.6465-SNJ-12-982, de 24 de agosto de 2012.[2] El 7 de mayo de 2011, mediante consulta popular, la ciudadanía se pronunció a favor de la prohibición de los negocios dedicados a los juegos de azar.[3] En consecuencia, los casinos, salas de juego y otros negocios, no pudieron continuar en funcionamiento después de que se instrumentó el resultado de la consulta. Al verse obligados a concluir sus operaciones, algunos dueños de los negocios no indemnizaron a sus trabajadores.[4] Así, con la LODDL se buscó recuperar lo pagado por el Estado mediante el otorgamiento de facultades exorbitantes a las instituciones del Estado con potestad coactiva, como la de quitar el velo societario.[5]

La ley no se limitó a regular las obligaciones laborales derivadas del cierre de casinos y salas de juego; amplió, además, su objeto a otras deudas con las instituciones estatales.[6] En efecto, en el artículo 1 de la LODDL no se delimita el objeto únicamente a deudas laborales. El problema principal, que será parte del análisis de este ensayo, es que se atribuyó a las autoridades con potestad coactiva la posibilidad de cobrar deudas, rasgando arbitrariamente el velo societario.

La LODDL fue creada, aparentemente, con un fin específico, en beneficio de los trabajadores. No obstante, el artículo 1 permite el cobro de todo tipo de obligaciones de los particulares con el

2. Mariella Pilca y Ana María San Lucas. *Causas y efectos de la Aplicación de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales en la legislación ecuatoriana*. Tesis de grado. Universidad Laica Vicente Rocafuerte. Guayaquil, 2013. p. 52-54.
3. Consejo Nacional Electoral. Resultados del Referéndum y Consulta Popular 2011. Registro Oficial No. 490 de 13 de julio de 2011. La pregunta de la consulta popular fue ¿Está usted de acuerdo que en el país se prohíban los negocios dedicados a juegos de azar, tales como casinos y salas de juego?
4. *Cfr.,* La Hora Nacional. *Casinos: trabajadores despedidos intempestivamente en El Oro.* http://lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101150118#.WTQFTWWwnBI. (acceso: 12/01/2017).
5. *Cfr.,* Sofía Larrea Buendía. *Análisis de constitucionalidad. Op. cit.*
6. *Ibid.*

Estado o sus instituciones, permitiéndoles a los jueces de coactivas desfigurar el sentido y el alcance del desvelamiento societario cuando se presume el abuso de la personalidad jurídica.

III. El Abuso de la Personalidad Jurídica

El artículo 1 de la LODDL prevé, como único requisito para levantar el velo societario, la existencia de abuso de la personalidad jurídica. Si bien el artículo en cuestión carece de técnica jurídica y su redacción es amplia, es claro al señalar que sólo podrá rasgarse el velo societario cuando la persona jurídica haya sido usada para defraudar. Lo que se omite en el artículo 1, obliga a formular las siguientes interrogantes: ¿cómo se configura el abuso de la personalidad jurídica? ¿cómo se prueba su existencia? ¿es el desvelamiento societario la única solución frente al abuso?

En general, el abuso de la personalidad jurídica se da cuando las personas que integran o controlan una sociedad buscan fines extra-societarios, o cuando se emplea a la sociedad como un recurso para frustrar derechos de terceros, violar la ley, el orden público o la buena fe.[7] Por ejemplo, cuando los socios o controladores esconden su patrimonio en una sociedad para evitar el ataque de los acreedores, del cónyuge, o para violar la legítima de los herederos.[8] Nadia Zorzi, en su análisis sobre el abuso de la personalidad jurídica, considera que las personas naturales son responsables del mismo, cuando efectúan actos tales como "disponer de los bienes de la persona jurídica como si fueran bienes propios [y] conducir una actividad económica propia bajo el nombre de la persona jurídica".[9]

7. Jorge Grispo. "Inoponibilidad de la personalidad societaria" *La Ley* 25.01 (2005), p. 11. http://www.iprofesional.com/adjuntos/documentos/09/0000929.pdf (acceso: 17/01/2017).
8. *Ibíd.*
9. Nadia Zorzi. "Abuso de la Personalidad Jurídica". *Revista de Derecho del Estado* Nº 16. (2004), p. 29. http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/revderest16&div=5&id=&page (acceso: 22/02/2017).

La actuación de las personas jurídicas se encuentra lícitamente limitada a su objeto social y a la ley; por lo tanto, las conductas que van más allá de lo legalmente permitido, sobrepasan los alcances que ha fijado el régimen societario para esa personalidad diferenciada.[10] Las consecuencias de abusar de la figura societaria son: dejar a un lado al ente y hacer responsables de las consecuencias del evento dañoso a las personas físicas que, mediante un obrar ilegal, hicieron posible la comisión de un acto contrario al alcance que la ley da a las figuras colectivas.[11]

IV. Casos de desvelamiento societario ejecutado por instituciones del Estado con potestad coactiva

En el primer caso analizado en este ensayo, María de las Mercedes Soria Chávez y Rosario Elizabeth Soria Chávez presentaron una acción de protección y medidas cautelares en contra de Director Provincial del Guayas y Juez de Coactiva del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, alegando que se les habían vulnerado los derechos constitucionales a la defensa, a la seguridad jurídica, a una vida digna y sin perturbaciones y a la tutela judicial efectiva, como consecuencia del auto de pago extensivo dictado por el Juez de Coactiva del IESS. Después del respectivo sorteo conoció la causa el Juez de la Unidad Judicial Penal Norte No. 2 de Guayaquil, en su calidad de Juez Constitucional.[12]

Las comparecientes son socias de la Compañía Plásticos Soria Cia. Ltda, las participaciones de cada una de ellas equivalen aproximadamente al 8% de la empresa y han tenido la calidad de socias por más de 17 años. En el 2009, ellas, conjuntamente con otros socios, denunciaron al entonces Ge-

10. Jorge Grispo. "Inoponibilidad de la personalidad societaria". *Op. cit*., p. 7.
11. *Id*., p. 6.
12. Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Guayas. Causa No. 09286-2015-00957 de 20 de mayo de 2015.

rente de la Compañía, por lo que la Superintendencia de Compañías dispuso la intervención de la Compañía, que se inició el 25 de febrero de 2009 y culminó el 4 de junio de 2013.

El 9 de diciembre de 2014 el Banco del Pacifico ejecutó una orden de retención de fondos dispuesta por el Juez de Coactiva del IESS. María de las Mercedes Soria Chávez compareció ante el IESS para informarse del tema y la Ab. Stephanie Quichimbo le notificó personalmente el auto de pago de fecha 02 de marzo de 2011 que se había hecho extensivo en su contra mediante auto de fecha 15 de octubre de 2014, dentro del Juicio Coactivo No. 404160-2009-SDQC, TC21485076, seguido en contra de la Compañía Plásticos Soria Cia. Ltda. por un valor de US $31.551,60. El auto extensivo de pago, dictado más de 3 años después del auto inicial de pago en contra de la compañía, se fundamentó en el artículo 1 de la LODDL. También se dictaron medidas cautelares en contra de las socias, entre ellas, la retención de fondos de sus cuentas corrientes, de ahorros, inversiones, depósitos a plazos, pólizas de acumulación, en todo el sistema financiero nacional; la prohibición de enajenar y/o gravar de todos sus bienes, entre otras.[13]

Las accionantes argumentaron que la Autoridad con potestad coactiva no cumplió con lo que mandan las normas legales pertinentes, ya que debió haber aplicado el artículo 1 de la LODDL en concordancia con el artículo 17 de la ley de compañías, 412A y siguientes del CPC. También argumentaron que nunca se probó el presunto fraude (abuso de la personalidad jurídica) cometido por la Compañía. Por ello el Juez de la Unidad Judicial Penal Norte No. 2 de Guayaquil aceptó la acción de protección y dejó sin efecto alguno los actos administrativos dictados por el Ec. José Romero Von Buchwald, Director Provincial del Guayas y Juez de Coactiva del IESS. Asimismo, los Jueces miembros de la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas negaron el recurso de apelación pro-

13. *Ibíd.*

puesto por el IESS y confirmaron la existencia de la vulneración de derechos constitucionales.[14]

En el segundo caso de estudio, Jorge Rodrigo Cabezas Quiroz, Gonzalo Rafael Dávila Loor y Richard Alfonso Zurita Rosado, Gerente General, Presidente y ex Representante Legal de la empresa SAEREO S.A., respectivamente, presentaron una acción de protección ante el Juez de la Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito, en contra del auto extensivo de pago dictado por el Juez de Coactiva de la DGAC. La acción fue inadmitida, pero, en virtud de la apelación de los accionantes, los Jueces de la Sala De La Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, de la Corte Provincial de Pichincha revocaron la decisión del Juez inferior y aceptaron la acción de protección.[15]

El 19 de noviembre de 2013, la Dirección General de Aviación Civil emitió una orden de cobro fundamentándose en el Título de Crédito No. 0001083 según el cual la empresa SAEREO S.A., adeudaba la suma de USD 36.456,00 A efectos de cobrar dicha deuda el 30 de mayo de 2016, Diego Marcelo Mena Garrido, Juez de Coactivas de la DGAC inició un juicio coactivo en contra de Saereo S.A., y de quien, entonces, era su representante legal, Gonzalo Dávila Loor. El 8 de agosto de 2016, el Juez de Coactiva de la DGAC emitió una providencia en la que se dispuso la ampliación del auto de pago inicial del 30 de mayo de 2016 y se hizo extensivo el juicio coactivo a Jorge Rodrigo Cabezas Quiroz, Gonzalo Rafael Dávila Loor, Richard Alfonso Zurita Rosado y a los accionistas de SAEREO S.A.[16]

Los accionantes presentaron su acción de protección en contra del auto extensivo de pago dictado el 8 de agosto de 2016 por el Juez de Coactiva de la DGAC. Argumentaron que este auto

14. *Ibíd.*
15. Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Pichincha. Causa No. 17203-2016-14719 de 7 de marzo de 2017.
16. *Ibíd.*

vulneraba sus derechos constitucionales al debido proceso, a la seguridad jurídica, al derecho a ser juzgado por un juez competente observándose el trámite de cada procedimiento, el derecho al libre tránsito y a la propiedad privada. En primera instancia se inadmitió la acción de protección, pero, en la apelación se admitió, dejando sin efecto legal alguno la Providencia de Ampliación del Auto de Pago dictado el 8 de agosto de 2016 dictada por el Juez de Coactivas de la DGAC. Uno de los argumentos de los accionantes fue que el Juez de Coactiva había ignorado que la ley expresamente prescribía un trámite para el proceso de inoponibilidad de la persona jurídica establecido en los artículos 17, 17A y 17B de la Ley de Compañías.[17]

En el tercer caso de estudio, la Corte Constitucional del Ecuador conoció, en el 2015, por medio de una acción extraordinaria de protección, un caso en el que la CFN rasgó el velo societario vulnerando derechos constitucionales. Los señores Carlos Alberto Pérez de Anda Alvear, Carlos Andrés Pérez de Anda Dávalos y la señora Amparito Dávalos García presentaron la acción extraordinaria de protección en contra de las sentencias dictadas el 12 de marzo de 2015 por el juez de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito La Delicia y el 17 de junio de 2015 por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la acción de protección No. 0003-2015. Los accionantes argumentaron que, a partir del acto administrativo expedido por el juez de coactivas de la CFN, se les vulneraron los derechos al debido proceso, a la defensa, a recibir de las autoridades resoluciones debidamente motivadas, a la propiedad privada, entre otros.[18]

En la intervención de Andrea Izquierdo Duncan, representante de los legitimados activos, durante la audiencia pública, se mencionó, que no se puede presumir que los accionantes han cometido defraudación por el hecho que la compañía, de la cual

17. *Ibíd.*
18. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 131-16-SEP-CC de 20 de abril de 2016.

son accionistas, tiene un crédito a través de la CFN y esta compañía no ha querido ejecutar las garantías que mantiene vigentes hasta la presente fecha. Por lo tanto, se ha hecho extensivo a los accionistas un procedimiento coactivo iniciado en el año 2006 en contra de la compañía para hacerles personalmente responsables de la acreencia. Los accionantes de la acción extraordinaria de protección tienen más de 80 años, adolecen de discapacidad y se los pretende despojar del único bien de vivienda que tienen, mediante la ejecución de una coactiva arbitraria, injusta y con competencias que no les corresponden a las autoridades coactivas por no ser jurisdiccionales, como la de quitar el velo societario.[19]

Las autoridades con potestad coactiva de la CFN, mediante un auto extensivo de pago, quitaron el velo societario e hicieron personalmente responsables a sus socios, por las deudas de la compañía. La Corte Constitucional declaró la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación, a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva. Adicionalmente, dejó sin efecto las sentencias de primera y segunda instancias para que se vuelva a conocer la acción de protección. De los hechos que se desprenden de la sentencia de la Corte Constitucional se evidencia que las autoridades con potestad coactiva, cuando rasgan el velo societario, vulneran derechos constitucionales.[20]

V. Conclusiones

De los argumentos expuestos en este ensayo, se concluye, en forma general, que el juez de coactivas, que levanta el velo societario con un auto extensivo de pago o con una providencia ampliatoria del auto de pago, sin remitir el proceso al juez com-

19. *Ibíd.*
20. *Ibíd.*

petente de derecho, para que éste declare el abuso de la personalidad jurídica, vulnera los derechos constitucionales de la persona natural coactivada extensivamente.

Esta conclusión general es corroborada por las siguientes conclusiones específicas.

Primero, en virtud del artículo 1 de la LODDL, las instituciones del Estado, que por ley tienen jurisdicción coactiva, han ejercido potestades exorbitantes, entre ellas, la de levantar el velo societario de personas jurídicas supuestamente usadas para defraudar, sin sujetarse a los procedimientos establecidos en la legislación ecuatoriana.

Segundo, en forma explícita, el artículo 1 de la LODDL exige que la condición para rasgar el velo societario sea la determinación de que se ha abusado de la personalidad jurídica, aunque no especifique que tal determinación la realice un juez de derecho y no el juez de coactivas.

Tercero, el abuso de la personalidad jurídica es un concepto jurídico complejo que está tratado de manera simplista en el artículo 1 de la LODDL, a tal punto que desconoce que la figura del desvelamiento societario no es la única idónea para determinar a los responsables del abuso de la personalidad jurídica, dado que el abuso societario puede tener origen, entre otras causas, en el abuso del derecho, el fraude a la ley o a terceros, las vías de hecho, las conductas contrarias a los actos propios, la simulación ilícita, la causa ilícita o los actos de mala fe.

Cuarto, el procedimiento coactivo en el Ecuador, al ser de ejecución y no de conocimiento, no es idóneo para determinar el abuso de la personalidad jurídica y declarar que este se ha producido por los actos u omisiones de los socios, accionistas, administradores u operadores de la persona jurídica deudora del Estado o sus instituciones. En este sentido, siempre que un

juez de coactivas rasgue el velo societario, amparándose en el artículo 1 de la LODDL, vulnerará los derechos constitucionales al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica.

Quinto, para que no se vulneren los derechos constitucionales de los socios, accionistas, administradores u operadores de la persona jurídica deudora del Estado o sus instituciones, el juez de coactivas, antes de emitir el auto extensivo de pago, debe remitir el caso de abuso de la personalidad jurídica al juez de derecho, único competente para declarar judicialmente que los socios, accionistas, operadores o administradores han abusado de la personalidad jurídica, y, por consiguiente, deben asumir las obligaciones de pago de la persona jurídica coactivada legalmente.

Sexto, el juez de coactivas vulnera el derecho al debido proceso cuando no prueba ni motiva debidamente el abuso de la personalidad jurídica antes de rasgar el velo societario. Vulnera el derecho a la seguridad jurídica, cuando no aplica las normas legales del ordenamiento jurídico sobre abuso de la personalidad jurídica y desvelamiento societario. Finalmente, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva al impedir que el coactivado extensivamente acceda a ser juzgado por el juez de derecho competente, al único que le corresponde declarar el abuso de la personalidad jurídica, más aún cuando el artículo 17 de la Ley de Compañías, en los casos allí señalados, dispone que el trámite judicial adecuado para declarar el abuso de la personalidad jurídica es el ordinario contemplado en el COGEP.

Séptimo, la acción de protección –eventualmente presentada conjuntamente con medidas cautelares constitucionales- es el medio procesal idóneo para defenderse frente al desvelamiento societario ejecutado por la autoridad con potestad coactiva, que ha dictado un auto extensivo de pago para trasladar la deuda de la persona jurídica al accionista, socio, operador o ad-

ministrador. El juez de coactivas es un funcionario administrativo de cobranzas de una entidad pública por lo que no ejerce jurisdicción. Las providencias de ampliación de los autos de pago emitidos por los jueces de coactivas son actos administrativos no jurisdiccionales susceptibles de ser impugnados por medio de una acción de protección. No existe otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger los derechos constitucionales vulnerados por tales providencias. Si estuvieran en discusión los derechos subjetivos de los administrados y asuntos de mera legalidad se podría recurrir a las acciones y recursos en la vía contencioso administrativa.

Octavo, que sea legal y constitucional el auto de pago dictado por el juez de coactivas en contra de la persona jurídica deudora del Estado o sus instituciones, no significa que sea igualmente legal y constitucional el auto extensivo de pago en contra de los socios, accionistas, administradores u operadores de la persona jurídica coactivada. El auto extensivo de pago no es accesorio ni se deriva naturalmente del auto de pago dictado en contra de la persona jurídica. Se trata de un acto administrativo independiente y autónomo con el que el juez de coactivas levanta arbitrariamente el velo societario bajo la presunción que ha existido abuso de la personalidad jurídica y convierte en deudores solidarios a los socios, accionistas, administradores u operadores.

BIBLIOGRAFÍA

Mariella Pilca y Ana María San Lucas. *Causas y efectos de la Aplicación de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales en la legislación ecuatoriana*. Tesis de grado. Universidad Laica Vicente Rocafuerte. Guayaquil, 2013.

Consejo Nacional Electoral. Resultados del Referéndum y Consulta Popular 2011.

Jorge Grispo. "Inoponibilidad de la personalidad societaria" *La Ley* 25.01 (2005), p. 11. http://www.iprofesional.com/adjuntos/documentos/09/0000929.pdf

Nadia Zorzi. "Abuso de la Personalidad Jurídica". *Revista de Derecho del Estado* Nº 16. (2004). http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/revderest16&div=5&id=&page (acceso: 22/02/2017).

Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Guayas. Causa No. 09286-2015-00957 de 20 de mayo de 2015.

Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Pichincha. Causa No. 17203-2016-14719 de 7 de marzo de 2017.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 131-16-SEP-CC de 20 de abril de 2016.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN SOBRE EL AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO EN MATERIA PENAL

María Emilia Muñoz Hidalgo[1]

I. Resumen

¿Es válida desde el punto de vista jurídico la prohibición de apelar el auto de llamamiento a juicio? La respuesta, seguida de un minucioso análisis jurídico, es ciertamente no. La razón de esto: la claridad del texto constitucional respecto a los derechos de los procesados. El problema: la reforma legal inconstitucional y la falta de aplicación del ordenamiento jurídico por parte de la Corte Constitucional.

II. La reforma al Código de Procedimiento Penal

El 29 de marzo de 2010 se publicó en el Registro Oficial No. 160 la Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimiento Penal aprobada por el Pleno de la Asamblea Nacional. El artículo 17 de dicha norma, sustituyó el inciso primero del artículo 343 de la norma adjetiva penal eliminando la frase "auto de llamamiento a juicio", dentro de los autos apelables.

1. Abogada de los Tribunales de la República por la Universidad de las Américas. Asesora en la Asamblea Nacional.

Se eliminó entonces, la posibilidad de que el procesado pueda presentar un recurso de apelación sobre el auto de llamamiento a juicio. Esta medida, generó un amplio debate respecto a la constitucionalidad y pertinencia de la misma, tomando en cuenta el artículo 76 numeral 7 literal m) de la Constitución de la República que establece que los ciudadanos tendrán el derecho a recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

Para entender el porqué de la entrada en vigor de esta norma, la justificación de la entonces Asamblea Nacional justificó que, la interposición de un recurso de apelación causaba retardo en la tramitación de las causas, y se consideró, asimismo, que, con su eliminación, se acelerarían los procesos y se garantizaría una mayor celeridad procesal. Argumento que menoscaba derechos desde cualquier esfera que sea visto.

En fin, el problema práctico que la justicia ecuatoriana enfrentaba radicó en el impacto que el retardo tuvo sobre la impunidad. Debido a que el trámite de primera instancia, sumado al que tomaba este recurso, con frecuencia superaba los seis meses y el año que era el tiempo de caducidad de la prisión preventiva. Con frecuencia, una vez que el procesado recuperaba la libertad no se conseguía administrar justicia. En este punto cabe preguntarse, si la responsabilidad de que se cumpla con los plazos del proceso recae sobre los entes de justicia, ¿por qué en vez de mejorar el sistema de administración de justicia se violenta uno de los derechos del procesado?

Lo ilógico de los argumentos antes presentados, era que ni siquiera con esta reforma se alcanzaba la tan anhelada celeridad procesal. Resulta curioso que, si la idea era evitar la demora, el mismo Código de Procedimiento Penal –de aquí en adelante CPP– ya reformado, mantuviese aún la posibilidad de interponer un recurso de nulidad sobre la misma resolución. Previo a los cambios, esta reclamación podía ser planteada juntamente con el recurso de apelación.

La reforma y el cuestionamiento planteado dan paso a que se realice una reflexión sobre los derechos involucrados y cuál prevalece, en este caso analizar por un lado el derecho a impugnar –que forma parte de la esfera del debido proceso y a su vez del derecho a la defensa– y el derecho a la celeridad procesal. Si bien, para los legisladores, la celeridad procesal prevaleció por encima de una garantía del derecho a la defensa, jurídicamente, esto no es correcto.

Si se parte de una medición en abstracto, la celeridad procesal es un principio que no tiene mayor trascendencia que el derecho a la defensa y una de sus consecuencias que es la garantía de apelar. Debido a que, si bien es cierto, la agilidad repercute en intereses legítimos como resolver la controversia en un tiempo corto, eficacia administrativa e incluso la seguridad jurídica de los involucrados, mas no alcanza el valor de un derecho fundamental como si lo tiene el bien jurídico que se restringe.

En segundo lugar, el beneficio obtenido, es relativo, porque la mayor afectación no se da en virtud del ejercicio del derecho sino de los problemas administrativos de la institución judicial. Si el servicio público de administración de justicia funcionaría con efectividad el costo de pasar una audiencia sería mínimo. Además, el logro que permite conseguir es acotado, la eliminación de esta etapa no garantiza que el trámite sea corto, el eventual beneficio siempre será fragmentario frente a la meta última. En tanto que la restricción al interés de impugnar una resolución es absoluta.

Si se compagina los dos elementos estudiados, la limitación del derecho a apelar el auto de llamamiento a juicio implica sacrificar de manera integral un derecho de mayor valor de mayor jerarquía, para conseguir una ventaja parcial y eventual de un interés de menos trascendencia. (Vaca 2014, 587)[2]

III. Acción de Inconstitucionalidad sobre la Reforma

Después del análisis realizado sobre los bienes jurídicos relevantes en este estudio, hay que hacer referencia a la Sentencia 004-13 SIN-CC de la Corte Constitucional. En virtud de la incertidumbre que existía sobre la aplicación de los cambios alrededor del Código de Procedimiento Penal, el 7 de junio del 2010 se presentó ante la Corte Constitucional una acción de inconstitucionalidad sobre la reforma que trataba la prohibición de apelar el auto de llamamiento a juicio. Ésta, se sustentaba principalmente en la duda sobre la constitucionalidad del nuevo numeral 1 del artículo 343, si se toma en cuenta que la Constitución de la República consagra al procesado el derecho a recurrir cualquier decisión, que considere le ha vulnerado un derecho.

La acción de inconstitucionalidad la planteó el Doctor Estuardo Salvador Salvador. En la misma se afirma que se violenta el derecho a recurrir del procesado, ya que no se puede impugnar la resolución del juez de primera instancia adoptada en el auto de llamamiento a juicio. Esto, violenta el derecho a la defensa y causa indefensión al proceso si se reconoce que la impugnación es el mecanismo para corregir los fallos errados de las instancias inferiores.[3]

El planteamiento de este proceso fue trascendente. En ese momento coexistía una posición mayoritaria que era el acatar la ley; más, había jueces que en ciertos casos se basaban en la norma constitucional y sí daban paso al pedido de apelación. Un ejemplo de esto se observa en el caso de violación conocido por los medios de comunicación como: "Glas Viejó", en donde en marzo de 2013, cuando ya estaba vigente tres años la reforma,

2. Ricardo Vaca Andrade. 2014. *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano según el Código Orgánico Integral Penal.* Quito: Ediciones Legales.
3. Sentencia N.o 004-13-SIN-CC, 0029-10-IN (Corte Constitucional del Ecuador de abril de 2013).

el juez décimo de Garantías Penales de Guayaquil, Franklin Ortiz, aceptó a trámite el recurso de apelación sobre el auto de llamamiento a juicio que versaba sobre el procesado. (Diario La Hora, 2013)[4]

Conforme establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 81 literal c), la acción de inconstitucionalidad se remitió al Presidente de la Asamblea Nacional, al Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia de la República y a la Directora Nacional de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado. Sobre los argumentos que motivaron los antes mencionados, que sirvieron de base para el criterio de la Corte Constitucional, se analizarán los de los dos primeros.

a) Presidente de la Asamblea Nacional, Arquitecto Fernando Cordero Cueva

Contestó a la demanda en la que indica que la misma debía ser desechada por improcedente y mal fundamentada. Su principal argumento fue que los abogados utilizaban la apelación del auto de llamamiento a juicio para abusar de las "argucias legales" y de esta forma dilatar el proceso. Esta sería la razón para que las personas que se encuentran privadas de la libertad por concepto de prisión preventiva puedan salir antes de la etapa de juicio y esto generaría una falta de seguridad jurídica de los ciudadanos y no del "infractor".

Al respecto, cabe mencionar que, primero, la justificación de la reforma parte de una generalización injusta: no es cierto que todos los abogados en libre ejercicio utilicen este recurso para dilatar el proceso judicial. Además, no dice nada de aquellos litigantes y recurrentes que utilizan de manera legítima esta vía.

4. Diario La Hora. (23 de marzo de 2013). *Cuestionan decisión de aceptar apelación de Glas Viejó*. Quito. 5-6.

Segundo, recurrir un auto en un proceso es un derecho que se encuentra recogido en distintos tratados internacionales y es base de las garantías del debido proceso reconocidas constitucionalmente. En ningún momento tiene por objeto dilatar un proceso judicial, sino más bien, garantizar los derechos a la defensa de una persona que está siendo procesada y contra quién el Estado ejerce su poder punitivo. Asimismo, en ese entonces cabía aún la posibilidad de presentar el recurso de nulidad sobre el mismo auto, lo que deja sin efecto este argumento, debido a que igualmente el proceso pasaba a ser conocido por el tribunal superior y que potencialmente "alargaría el proceso".

El tercer argumento que esgrime el Presidente de la Asamblea es en el cual señala que en caso de que la persona procesada salga libre de prisión preventiva por haber cumplido el tiempo máximo que estipula la norma penal para esta circunstancia, sería una violación de la seguridad jurídica de los ciudadanos y no del infractor. Ante esto habría que dejar en claro que no se puede hablar de un infractor antes de que un Tribunal de Garantías Penales ha declarado su culpabilidad, es una premisa que entra en directa confrontación con uno de los principales principios que rigen al derecho penal: la presunción de inocencia.

b) Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia de la República, Alexis Mera Giler

El representante de la Función Ejecutiva también solicitó que se deseche la demanda por improcedente e infundada. En su contestación afirmó que la reforma era necesaria para poder cumplir con el principio de celeridad y evitar herramientas innecesarias. De la misma forma aseveró que la eliminación de la apelación sobre el auto de llamamiento a juicio no causa indefensión ni afecta a las garantías del debido proceso porque es una decisión intermedia que no resuelve sobre el fondo del proceso ni sobre la presunción de inocencia. Finalmente señaló que

el auto de llamamiento a juicio no es una decisión que integra un pronunciamiento judicial de mérito ni de fondo.

Al analizar parte de la contestación del Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, se encuentra que de hecho su argumento es el que tiene un mayor peso. Efectivamente se trata de un auto interlocutorio; sin embargo, la doctrina y la propia ley penal reconocen que esta modalidad de impugnación no solo se refiere a sentencias, se aplica a otros pronunciamientos que conllevan impactos relevantes en los derechos de las partes. Por ejemplo: prisión preventiva.

El segundo argumento que emite el representante de la Función Ejecutiva consiste en que el auto de llamamiento a juicio es una decisión intermedia, por lo que no conlleva un tema de mérito ni de fondo. Es errónea esta afirmación, en el momento en que el artículo 608 del actual Código Orgánico Integral Penal, así como el artículo 232 del derogado Código de Procedimiento Penal exigen que la decisión sea motivada y que se funde en las evidencias recopiladas, no deja duda de que hay requisitos de forma y de fondo, además de manera tácita reconocen que es una decisión trascendente. De la misma manera, esta realidad se confirma cuando se ve exigencias de igual naturaleza para la adopción del sobreseimiento.

Las contestaciones que presentaron las tres instituciones concuerdan en un mismo punto, que la celeridad procesal es de vital importancia y que para poder hacer cumplir este derecho deberá eliminarse la posibilidad de apelar el auto de llamamiento a juicio.

La Corte Constitucional emitió su fallo en el que acepta los argumentos de las entidades públicas descritos en los párrafos precedentes, y niega la acción pública de inconstitucionalidad. Para tomar tal resolución se basa en algunos argumentos adicionales a los antes mencionados: la inexistencia de una viola-

ción a un derecho sustancial, la importancia de la celeridad procesal y la limitación del derecho a apelar, al afirmar que no es un derecho absoluto y que el legislador puede delimitar su ejercicio, sin importar la contradicción de dicha teoría con el artículo 11 numerales 4 y 6 de la Constitución de la República que afirma que los derechos son inalienables y que su ejercicio jamás podría ser limitado.

Es importante que aparte de señalar ya los argumentos esgrimidos por la Corte, se analice aquellos puntos importantes que no tomó en cuenta al momento de dictar la Sentencia:

a) No regresividad.- El análisis que realiza la Corte Constitucional no se ocupa de un tema espinoso: la reforma limita derechos que el Estado ya había reconocido a la persona. Este principio jurídico conlleva varios efectos, en el caso en particular se tomará en cuenta sólo su repercusión sobre la extensión de los derechos concedidos por una norma jurídica. Para esto "(...) se debe comparar una norma anterior con una posterior, el estándar de juicio de regresividad normativa consiste en evaluar si el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado." (Courtis 2006, 6)[5] La norma que varió al CPP fue limitativa, porque del contenido anterior se excluyó el derecho a apelar del auto de llamamiento a juicio y se limitó el derecho a la defensa. La garantía de no regresividad está contemplada en el artículo 11 numeral 8 de la Constitución de la República.
b) Derecho a la igualdad procesal.- Es otra garantía sobre la cual la Corte Constitucional no se pronuncia en el desarrollo de su sentencia. Dentro de la etapa preparatoria de juicio, el juez ante las evidencias presentadas y el dictamen del fiscal puede resolver tanto el auto de llamamiento a juicio como el sobreseimiento. Sin embargo, es curioso que

5. Christian Courtis, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006), 6.

únicamente sobre el sobreseimiento quepa el recurso de apelación, al ser una alternativa que se le da a la Fiscalía. Esta situación vulnera el derecho a la igualdad procesal que está contenido en la Constitución de la República en el artículo 76 numeral 7, literal c).

c) Principio de inocencia.- Si este es un estatus que mantiene la persona hasta que no exista una sentencia firme, es necesario que el proceso penal esté diseñado con mayores salvaguardias para todos aquellos pasos que conduzcan a una condena que los que pueden llevar a una absolución. De hecho, así sucede con instituciones como la carga de la prueba y el "Indubio pro reo"; sin embargo, la Corte no examina las repercusiones que tiene el otorgar el recurso de apelación a la Fiscalía cuando pierde el control de mérito en esta etapa y negarle cuando lo mismo le sucede a la defensa. Es justo decir que, se inspira en la filosofía contraría: la presunción de culpabilidad.

IV. El auto de llamamiento a juicio en el actual Código Orgánico Integral Penal

En términos generales el problema central de este artículo se mantiene idéntico, la prohibición de apelar el auto de llamamiento a juicio continúa. En tal virtud se analizan dos temas que son colaterales y tienen un alto nivel de influjo en el problema jurídico que se estudia:

a) Eliminación del recurso de nulidad

La primera variación consiste en que se elimina en el Código el recurso de nulidad. Esta reforma se debió a la necesidad de otorgar coherencia a la reforma inicial, ya que como se analizó la prohibición de recurrir el auto de llamamiento a juicio se debió a la necesidad de evitar que los abogados no éticos pro-

longuen el proceso; sin embargo, se les dejó una puerta abierta al poder impugnar por la vía de la anulación.

El auto de llamamiento a juicio ya no puede ser sujeto de impugnación alguna y esto genera que no exista control sobre los requisitos de fondo, forma, hecho y derecho que establece claramente el 608 del Código Orgánico Integral Penal. Se debe señalar, asimismo, que, en la siguiente etapa del proceso, donde el Tribunal de Garantías Penales juzga al acusado, no llega a su conocimiento el expediente, sino que este es devuelto al Fiscal y lo que recibe es simplemente el auto de llamamiento a juicio y el acta de la audiencia. Entonces, no existe en primer lugar una vía para impugnar este auto, y peor aún, en la siguiente etapa tampoco existe la posibilidad de que los juzgadores puedan percatarse y de oficio subsanar la ilegalidad. Para entender este conflicto jurídico de mejor manera se plantea la siguiente interrogante a modo de ejemplo, ¿qué pasa con el auto de llamamiento a juicio que es dictado y no mantiene una coherencia lógica entre lo sucedido en la audiencia y lo que contiene? En este caso no existe ningún tipo de revisión sobre dicho auto lo que permite que puedan surgir violaciones de distinto tipo y causar muchas veces un daño al procesado.

b) Auto de llamamiento a juicio en donde conste la prisión preventiva

La reforma consagra un problema adicional: la no apelación de la prisión preventiva dentro del auto de llamamiento a juicio. Así, el artículo 653 numeral 5 indica que cabe recurso de apelación: "5. De la resolución que conceda o niegue la prisión preventiva siempre que esta decisión haya sido dictada en la formulación de cargos o durante la instrucción fiscal." (Código Orgánico Integral Penal, 2014)[6] Esta medida cautelar cuando es dictada en la etapa preparatoria tenía dos motivos para ser impugnable: por la propia esencia de la privación de la libertad

6. Código Orgánico Integral Penal. (2014). *Registro Oficial Suplemento 180.*

temporal y por ser parte de un auto que debería ser posible recurrirlo, la reforma cierra ambas puertas. No es tema de este artículo analizar la apelación de la prisión preventiva, pero, que se limite la impugnación de la misma es una violación sin precedente a los Derechos Humanos.

V. Solución al problema jurídico

Después de demostrado que no es válida jurídicamente la eliminación de la apelación del auto de llamamiento a juicio, lo razonable es aplicar una solución que encuentre un equilibrio entre los dos bienes jurídicos involucrados, por un lado, el derecho a la defensa exclusivamente en su garantía del derecho a apelar y por otro el derecho a la celeridad procesal. Para esto, sería importante que se introduzca una reforma a la norma penal que se base en los siguientes presupuestos:

a) El restablecimiento del derecho a apelar el auto de llamamiento a juicio.
b) Reducir los tiempos del recurso de apelación mediante la disminución de pasos para resolver el recurso y así lograr mayor eficacia.
c) Generar requisitos para acceder al recurso y evitar ciertos abusos por parte de los abogados.

Se espera que con estos cambios se genere un aporte -pequeño pero significativo- para que el ordenamiento jurídico sea coherente y respetuoso de los derechos y garantías plasmados en la Constitución, algo que se ha vuelto tan difícil de alcanzar, producto de la década, no sólo perdida sino también, antijurídica.

EL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS MANDATOS CONSTITUYENTES, PROMULGADOS POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE MONTECRISTI

Pablo Silva Mejía[1]

I. Introducción

El Ecuador en el año 2007, sufrió un cambio tanto institucional como normativo, mediante plebiscito, se decidió la conformación de una Asamblea Nacional Constituyente de plenos poderes, cuya instalación, estructura y funcionamiento se reguló vía decreto presidencial[2], siendo su principal función, la elaboración de una nueva Constitución, la cual debió ser aprobada por referéndum, adicionalmente, esta Asamblea, tuvo otras potestades, tales como, expedir mandatos constituyentes, leyes, acuerdos, resoluciones[3],etc., normativa que sirvió de base para el desarrollo y desempeño de los plenos poderes con la cual fue envestida la misma.

1. Abogado por la Universidad Técnica de Ambato, Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, candidato a Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, candidato a Especialista Superior en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Abogado en libre ejercicio en el Consorcio Ortega & Asociados Asesores Jurídicos en la ciudad de Ambato.
2. Ecuador. Presidencia de la República, "Estatuto de elección, instalación y funcionamiento de la Asamblea Constituyente". [2007], art. 1 - 23 Decreto Ejecutivo 148, publicado en el Registro Oficial Suplemento 33 (05 de marzo de 2007,).
3. Ecuador. *Mandato Constituyente No. 1* [2007], "Asume y ejerce plenos poderes", Registro Oficial, Suplemento No. 223 (30 de noviembre de 2007), Art. 2 inciso primero.

En ejercicio de estos plenos poderes, la Asamblea durante todas sus funciones emitió 23 mandatos constituyentes sobre diversos temas: atribución de funciones, derechos del trabajador, derechos de la naturaleza; concesiones mineras, ley de comunicación etc. Es por ello que, una vez aprobada la Constitución de la República en el año 2008 mediante referéndum y su entrada en vigencia, esta Asamblea se disolvió, pero sus mandatos hasta la actualidad se encuentran en plena vigencia.

Es aquí donde aparece uno de los primeros problemas con estos mandatos, ya que, los mismos pueden ser modificados o reformados[4], *mas no pueden ser derogados*, y el segundo gran problema se origina porque, se han dejado fuera del control de constitucionalidad a estas normas jurídicas preconstitucionales, es decir, el constituyente le ha otorgado una súper dimensión jurídica a estos mandatos[5], con relación a las demás normas infra constitucionales, a pretexto de que quien la expidió, está ejerciendo el poder constituyente originario.

II. ¿Mandatos constituyentes, supralegales o infraconstitucionales?

En el año 2008, el país se transforma de un Estado social de derecho, a un Estado constitucional de derechos y justicia, es decir, empieza una nueva visión de cómo entender la constitucionalidad, los derechos, las garantías, la organización del Estado y la misma supremacía constitucional[6], fortalece la justiciabilidad de los derechos y la aplicación directa de la Cons-

4. Ecuador. *Mandato Constituyente No. 23* [2008], "Conformación de la comisión legislativa", Registro Oficial, Segundo Suplemento No. 458 (31 de octubre de 2008), disposición general única.
5. Ecuador. *Mandato Constituyente No. 1* [2007], Art. 2 inciso segundo.
6. Ramiro Ávila Santamaría, *Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano*, ponencia del Congreso Ecuatoriano de Historia, dentro del Simposio Principal sobre Historia Constitucional. (Montecristi: 2012). 36.

titución en todos los ámbitos[7], indicando que la Carta Fundamental está en el primer rango de aplicación y de control para todas las normas jurídicas, inclusive de las normas preconstitucionales.

La supremacía constitucional es el punto de partida para realizar el control de las normas, su origen radica en la consideración que realiza el poder constituyente, en mencionar a nombre del pueblo, que la Constitución es suprema, debido a los principios y garantías de gran importancia que son recogidos dentro del texto constitucional[8]. Entonces, esta supremacía se refiere a que, la Constitución se ubica un escalón por encima de todo el ordenamiento jurídico, de tal modo que prevalecerá sobre cualquier tipo de norma, es por ello, que la normativa infraconstitucional, siempre debe guardar armonía con la Norma Suprema. Es así que, con esta lógica, la ley de garantías jurisdiccionales y control constitucional –LOGJCC–, da como finalidad al control de la normativa el "garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico"[9].

Es en este punto, donde se acentúa el segundo problema señalado, ya que los *Mandatos Constituyentes* al ser parte o estar integrados al sistema jurídico, por una errónea protección de estas normas[10], se encontrarían fuera de esta supremacía y del control constitucional, debido a que, en la Ley de Garantías Jurisdiccionales –emitida de forma posterior a la promulgación de la Constitución–, no se los considera como disposiciones que in-

7. Constitución de la República del Ecuador, [2008], cap. primero, "Principios de aplicación de los derechos", art. 11.3, ([Quito] Asamblea Constituyente, s. f.) 27.
8. Juan Francisco Guerrero del Pozo, "Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad", en *Apuntes de derecho procesal constitucional*, edit. Juan Montaña Pinto. (Quito: CEDEC, 2012). 103.
9. Ecuador. Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, Registro Oficial Suplemento 552 (10 de septiembre de 2009, modificado en septiembre de 2017), art. 74.
10. Ecuador. *Mandato Constituyente No. 1* [2007], art. 1.

tegran el ordenamiento jurídico[11], pues no son señalados de forma taxativa, dentro de las disposiciones legales que merecen ser sometidas a control, esto ocurre, porque no se estableció con claridad el rango legal que deben tener estos mandatos.

En función de aquello, han existido dos demandas de inconstitucionalidad en contra de mandatos constituyentes, la primera fue presentada ante el desaparecido Tribunal Constitucional, en la cual se solicitó que se declare la inconstitucionalidad del Mandato Constituyente No. 1, tanto por el fondo como por la forma, amparándose en lo que disponía el numeral primero del artículo 276 de la Constitución Política del año 1998, mas resulta que, la Comisión de Recepción y Calificación, decidió mediante providencia inadmitir dicha demanda, por improcedencia de la pretensión jurídica[12]. lo cual causó sorpresa.

Es así que, los accionantes presentaron un recurso de apelación de esta providencia de inadmisión, siendo la respuesta del Tribunal, que no era competente para controlar las decisiones de la Asamblea Constituyente y que sus razones se sustentan tanto en la teoría política, como en la teoría jurídica, esto es que a esta Asamblea se la considera como un órgano delegatario del pueblo y supraestatal, dotado de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado, así como también, que el Tribunal Constitucional al ser parte del poder constituido, se encuentra supeditado al principio de legalidad, lo que quiere decir que, solo podrá ejercer las atribuciones conferidas por la Constitución y la ley[13].

La segunda demanda, es presentada como una acción de inconstitucionalidad de actos normativos en junio del año 2010, ante la Corte Constitucional para el periodo de transición, la cual

11. Ecuador. Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, art. 75.
12. Ecuador. Tribunal Constitucional. Resolución No. 0043-07-TC. Registro Oficial Suplemento (1) 286 (3 de marzo de 2008), 3.
13. Ibidem, 6-7.

fue admitida a trámite, en esta ocasión era el Mandato Constituyente No. 13, el que se ponía a consideración de los jueces constitucionales, para el respectivo control de constitucionalidad[14], y como era de esperarse la Corte resolvió algo muy parecido al extinto Tribunal Constitucional y entre otras consideraciones realiza un análisis sobre la finalidad del control constitucional, mencionando que de conformidad al artículo 75 de la LOGJCC se puede apreciar que ningún numeral o literal consta que un Mandato Constituyente puede ser sometido a un control abstracto, por lo que no son impugnables a través de acción pública de inconstitucionalidad, reafirma esta decisión adoptando lo señalado en el Mandato Constituyente No. 1, sobre la superioridad jerárquica de las decisiones de la Asamblea Constituyente sobre cualquier normativa, para concluir la negativa a esta acción, citando el artículo 436 de la Constitución de 2008, donde se repite por parte de los jueces que no se encuentra plasmado en dicha norma un control abstracto de constitucionalidad de los Mandatos Constituyentes.

Con todo ello, habría que preguntarse ¿por qué no se estableció un control constitucional de los mandatos constituyentes?, ¿cuál es la razón por la que fue creada esta figura normativa?, ¿cuál es su tiempo de duración y de qué forma están siendo aplicados en la actualidad?, son interrogantes que surgen debido a que, la Asamblea Nacional Constituyente del año 2007, al parecer le otorgó un *carácter jerárquico superior y de superprotección* a estos mandatos, lo cual es grave, entendiéndose que no puedan ingresarse a un control de constitucional. Asimismo, en ninguna norma o en las disposiciones transitorias de la Constitución, no existe forma alguna de derogarlos, lo único que el constituyente estableció -antes de finalizar sus funciones-, es que se los puede reformar de la misma manera que una ley orgánica[15].

14. Ecuador. Corte Constitucional, [Acción de inconstitucionalidad de norma, Mandato Constituyente No. 13], Sentencia No. 023-12-SIN-CC. Pp. 6-9. 21 de junio del 2012.
15. Ecuador. Mandato constituyente No. 23, Registro Oficial Suplemento 458 (31 de octubre de 2008), disposición general única.

A causa de aquello, dentro de una sentencia emitida por la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, señala que "El mandato de marras se dictó el 24 de enero de 2008, pero sucede que los Mandatos Constituyentes, como hemos visto, NO SON LEYES; son cuerpos normativos que son más que leyes, tienen pues supralegalidad y rompen el esquema legalista kelseniano o `purista´ en el que fueron formados la mayoría de los abogados del subcontinente, el cual , sin desconocer sus aportes, al momento análisis más profundo se `desmorona´, ante componentes político-jurídicos, como sucede en el caso de los mandatos constituyentes"[16], esto conlleva a analizar que no solo el legislador constituyente le da esta característica de protección a los mandatos, sino que también los jueces de una de las altas Cortes, realizando una mala interpretación, le dan un rango de superioridad, cayendo en una arbitrariedad, puesto que el juez, debe aplicar el contenido de la norma preconstitucional, con armonía a la Carta Fundamental.

III. Control constitucional de los mandatos constituyentes

Uno de los puntos trascendentales a incorporar dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es el de control abstracto de constitucionalidad de los mandatos constituyentes, lo cual implicaría, determinar un debido proceso constitucional para su examen de constitucionalidad[17], con ello, se evitaría la interpretación *supralegal* de las disposiciones normativas en ellos contenidos, dejando de lado blindajes innecesarios y considerando a los mismos, como cualquier norma infraconstitucional, ya que los mandatos según el reglamento de funcionamiento de la

16. Ecuador. Primera Sala de Laboral de la Corte Nacional de Justicia, [Recurso de casación, juicio laboral No. 194-2009 por despido intempestivo en contra de PACIFICTEL S.A.], en Gaceta Judicial. Año CXI. Serie XVIII, No. 9. Página 3333. 30 de septiembre del 2009.
17. Oswaldo Alfredo Gozaíni, *Introducción al derecho procesal constitucional,* (Buenos Aires: RUBINZAL, 2004). 6

Asamblea Nacional Constituyente, fueron expedidos con el propósito de ejercer sus plenos poderes, mas no para utilizarlos con el fin de reformar leyes existentes en esa época.

La base de esta propuesta, es tomar como punto de partida, lo que ha mencionado la Corte Constitucional del Ecuador dentro de una acción de incumplimiento, caso No. 0039-10-AN y 0033-12-AN, en cuya sentencia señala que, el rango normativo para los mandatos constituyentes, es el de una ley orgánica[18], razón por la cual, deja abierta esta posibilidad y pienso de forma personal, que no deberían estar exentos a la supremacía constitucional y mucho menos a un control abstracto. Para ello, sería necesaria tanto una reforma constitucional al artículo 436 de la Constitución de 2008, y como consecuencia de aquello, una reforma al artículo 75 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Es decir, que el tema tiene por finalidad el proponer que, en la Ley de Garantías Jurisdiccionales –como norma especializada–, se establezca un examen constitucional de normas preconstitucionales[19] emitidas por la Asamblea Constituyente, esto es, un control de constitucionalidad de los Mandatos Constituyentes, donde se deberá instituir el proceso de control de validez de dichos mandatos, bajo el principio de jerarquía y supremacía de la Constitución.

Por otra parte, estos mandatos, al ser emitidos por el poder constituyente originario (Asamblea Constituyente), deben tener un tiempo de vigencia ligado al funcionamiento del mismo, y no ser utilizados para regular cuestiones legales, que solo le corresponde a la *función legislativa*, ya que ésta es la función del Estado, que posee la exclusiva facultad de la emisión de leyes

18. Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Acción por incumplimiento propuesto en contra de Ministerio de Recursos No renovables], Sentencia No. 002-16-SAN-CC. Pp. 12-14. 06 de abril del 2016.
19. Eduardo Velandia Canosa, *Derecho Procesal Constitucional*, (Bogotá: LEGIS. S.A. 2014), 170.

posteriores a la publicación de la Constitución, en otras palabras, que dichos mandatos no toquen o atañen a derechos o leyes, cuya vigencia es indefinida; tal es el caso de los mandatos 2, 4, 6, 8, que, reforman, limitan o mutilan derechos de los trabajadores consagrados en la Constitución, la ley o contratos colectivos.

V. Conclusiones

El fin primordial del poder constituyente, es la promulgación de la Constitución, la cual, al ser aprobada en referéndum, alcanza un status de superioridad en el ordenamiento jurídico –supremacía constitucional–, bajo la cual se crean y recrean más normas, tales como leyes –orgánicas u ordinarias–, ordenanzas, estatutos, reglamentos, etc., que proporcionan una especie de lazo existencial en la convivencia jurídica-social, tanto en el orden interno como externo del Estado.

Como se ha mencionado, la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi, expidió Mandatos Constituyentes, con la finalidad de ejercer los plenos poderes con los cuales fue envestida, mas resulta que a estas normas pre-constitucionales se les otorgó una protección especial frente al demás normas del ordenamiento jurídico, dejándolos fuera de cualquier tipo de impugnación o control constitucional.

Esta super protección es una clara desnaturalización de las funciones de la Asamblea Constituyente, a más de aquello, por medio de estos mandatos se han reformado leyes, lo que implica una invasión en las funciones que tiene la función legislativa, ya que es esta a partir de la promulgación de la mueva Carta Fundamental, la llamada a elaborar las normas infra constitucionales, ocasionando aquí otro problema, ya que los mandatos tienen una vigencia indeterminada en el tiempo, siendo inderogables.

Es por ello, que es necesaria la implementación de un mecanismo de control abstracto de constitucionalidad de los mandatos constituyentes, por cuanto son normas pre constitucionales y tienen un rango de una ley orgánica, conforme lo ha determinado la Corte Constitucional, por lo tanto, no pueden estar por fuera de la supremacía constitucional de la Carta Fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

Ávila, Ramiro. *Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano*, ponencia del Congreso Ecuatoriano de Historia, dentro del Simposio Principal sobre Historia Constitucional. Montecristi: 2012.

Constitución de la República del Ecuador, [2008], cap. primero, "Principios de aplicación de los derechos". [Quito] Asamblea Constituyente, s. f.

Del Pozo, Juan Francisco. "Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad", en *Apuntes de derecho procesal constitucional*, edit. Juan Montaña Pinto. Quito: CEDEC, 2012.

Ecuador. Corte Constitucional, [Acción de inconstitucionalidad de norma, Mandato Constituyente No. 13], Sentencia No. 023-12-SIN-CC. 21 de junio del 2012.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Acción por incumplimiento propuesto en contra de Ministerio de Recursos No renovables], Sentencia No. 002-16-SAN-CC. 06 de abril del 2016.

Ecuador. Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, Registro Oficial Suplemento 552, 10 de septiembre de 2009, modificado en septiembre de 2017.

Ecuador. Mandato constituyente No. 1, Registro Oficial Suplemento 223. 30 de noviembre de 2007.

Ecuador. Mandato constituyente No. 23, Registro Oficial Suplemento 458. 31 de octubre de 2008.

Ecuador. Presidencia de la República, "Estatuto de elección, instalación y funcionamiento de la Asamblea Constituyente". [2007], art. 1 - 23 Decreto Ejecutivo 148, publicado en el Registro Oficial Suplemento 33. 05 de marzo de 2007.

Ecuador. Primera Sala de Laboral de la Corte Nacional de Justicia, [Recurso de casación, juicio laboral No. 194-2009 por

despido intempestivo en contra de PACIFICTEL S.A.], en Gaceta Judicial. Año CXI. Serie XVIII, No. 9. 30 de septiembre del 2009.

Ecuador. Tribunal Constitucional. Resolución No. 0043-07-TC. Registro Oficial Suplemento (1) 286. 3 de marzo de 2008.

Gozaíni, Oswaldo Alfredo. *Introducción al derecho procesal constitucional.* Buenos Aires: RUBINZAL, 2004.

Velandia, Canosa Eduardo. *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: LEGIS. S.A. 2014.

LA TEORÍA DE MAXIMIZACIÓN DEL VALOR Y LA TEORÍA DE LOS STAKEHOLDERS

María Fernanda Zamora Castillo[1]

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Teoría de Maximización de Valor; 3. Teoría de los Stakeholders; 4. Ejemplo práctico de maximizar el bienestar social; 5. ¿En el sistema económico social y solidario vigente en el país, es aplicable la teoría de maximización de valor?; Bibliografía.

1. Introducción

La actividad económica es el motor fundamental de todo país, desde la antigüedad ha sido la fuente de subsistencia de los individuos, por esta razón, el fenómeno de empresa[2] está presente en todas las economías independientemente de cuál sea su orientación, cabe recalcar que como tal.

El surgimiento de las empresas se da en la economía de Mercado, nace porque hasta cierto punto es más eficiente que la asignación de los recursos sea llevado a cabo por un solo indi-

1. Especialista de Derecho de las Empresas, Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador, Ingeniera en Contabilidad y Auditoría CPA, Abogada en libre ejercicio. Contactos jurídico.vilza@gmail.com

2. La palabra "empresa" significa el conjunto de factores de producción utilizados por el empresario para el ejercicio de su actividad, significado distinto al de sociedad y compañía, sin embargo para efectos de este trabajo se denominará empresa a toda actividad económica ya sea sociedad civil, sociedad de hecho, o compañía.

viduo llamado empresario y no por todas las personas que conforman esta actividad empresarial ya que sería muy difícil que para cada decisión que se tome se requiera convocar, reunir, mocionar y aprobar algo por tanta gente, es decir que las empresas existen por los costos de transacción que genera el competir en el mercado, además, la empresa ayuda alcanzar ciertas eficiencias que no se alcanzaría si estas no existieran, ya sea por medio de economías de alcance[3] o de economías de escala[4], beneficios que bien administrados por el empresario, aporta significativamente a maximizar el valor tanto del productor como del consumidor.

Con la aparición de las empresas nace el interrogante ¿Qué objetivos deben seguir? y ¿A quién esta debe servir?, como respuesta se da la Teoría de Maximización de Valor y la Teoría de los Stakeholders[5].

En el presente trabajo se pretende en cortas palabras describir qué son y para qué sirve la Teoría de Maximización de Valor y la Teoría de los Stakeholders, esta última teoría tan utilizada principalmente por los Gobiernos Socialistas y en especial en nuestro país con la Economía Popular y Solidaría; y, finalmente hacer una aproximación de estas teorías con la realidad de nuestro país.

2. Teoría de maximización de valor

Según Jensen, "la teoría de maximización de valor establece que los directivos deberían tomar todas las decisiones de manera que se incremente el valor total de mercado a largo plazo de la

3. Economía de alcance.- optimizar recursos, se presenta cuando resulta más barato producir dos bienes de manera conjunta que producirlas por separado.
4. Economías de escala.- Tiene que ver con los costos fijos medios, los que disminuyen conforme la cantidad producida aumenta, se refiere a la producción de un mismo bien.
5. Ver Michael C. Jensen, Maximización Del Valor, Teoría De Los 'Stakeholders' Y La Función Objetiva De La Empresa, 67

empresa. El valor total es la suma de valores de todos los saldos acreedores contra la empresa –incluidos fondos propios, deuda, acciones preferentes y garantías–." [6]

En general se entiende a esta teoría como aquella que busca que las empresas sirvan a sus accionistas únicamente, sin embargo si basamos la atención solo en esto, no se estaría enmarcando en lo importante, que es que esta teoría ayuda a que los empleadores o administradores de las empresas busquen por medio de la toma de decisiones **maximizar el excedente social**, es decir que no solo gane el productor sino también el consumidor.

Esta teoría se basa en que no se puede hacer bien más de una cosa, es decir que las empresas deben especializarse en algo y maximizar su valor, de esta forma no solo crean utilidad para sus accionistas sino también contribuyen con la sociedad adquiriendo materia prima, generando fuentes de empleo, pagando tributos al Estado, entre otras cosas implícitas con la actividad económica, entendiendo entonces que al potenciar la actividad empresarial no solo gana el accionista como erróneamente es el discurso político, sino al contrario gana la sociedad en general porque se crea la fuente de ingreso y circulación monetaria del país.

> Jensen sostiene que "La función objetiva empresarial que maximiza el bienestar social se convierte así en maximizar el valor de mercado total de la empresa, dice a las empresas que amplíen el producto del proceso y la inversión hasta el punto en el que el valor de mercado de la firma esté al máximo y pueda ser valorado."

Lo que el autor trata de decir es que el bienestar social se incrementa con esta teoría en la medida en que tanto el productor como el consumidor pueden ganar, es por eso que la Teoría

6. Ibídem

de Maximización de Valor controla que el administrador actúe de manera eficiente para alcanzar los objetivos planteados.

3. Teoría de los Stakeholders

Llamada también teoría de los grupos de interés, la empresa debe tomar en consideración objetivos adicionales a la maximización de valor para sus accionistas como la responsabilidad social.

> Según Jensen, "La Stakeholder Theory, por otra parte, dice que los directivos deberían tomar decisiones de forma que se tengan en cuenta los intereses de todos los Stakeholders de la empresa. Los stakeholders incluyen a todas las personas o grupos que pueden afectar de forma sustancial al bienestar de la empresa" el autor, hace referencia no solo a aquellos grupos con saldos acreedores a su favor sino también a todo aquello que rodea a la empresa, como empleado, clientes, gobierno, el medio ambiente, grupos terroristas, etc.

A simple vista se creería que esta teoría es la más óptima por cuanto no solo vela por los accionistas, sin embargo, esta teoría no tiene bases sólidas por lo que permite que las empresas se fijen varios objetivos, dejando a criterio del administrador elegir entre los múltiples intereses de grupos interesados, inconsistentes y en competencia, tanto así que los directivos y administradores con intereses propios pueden invertir en sus proyectos favoritos que a la larga destruyen el valor de las empresas, sin tener que justificar tal destrucción por ampararse en el bienestar social. En otras palabras, esta teoría destruye los cimientos con los que el sistema de control interno de la empresa podría controlar a los directivos y faculta para que hagan lo que mejor les parezca.

La desviación del objetivo de la empresa con la aplicación de esta teoría surge porque cada grupo de interés tiene su propio anhelo, ejemplo, los clientes quieren precios bajos y alta calidad, los empleados quieren salarios altos, condiciones laborales de alta calidad, más beneficios laborales, entre otros ejemplos, y si las empresas quisieran cumplir con todos los anhelos de los grupos de interés, se olvidarían de su objetivo principal que es la subsistencia en el mercado alcanzando beneficios económicas, lo que generaría que esta quiebre, perjudicando no solo a los accionistas de dicha compañía sino a toda la sociedad quienes ya no contarán con los recursos económicas ni las fuentes de trabajo que esta empresa generaba.

> Para Jensen, "no es tan sorprendente que encontremos que se utiliza la Stakeholder Theory para argumentar a favor de restricciones gubernamentales sobre los mercados financieros y el mercado de control societario. … La presión actual por la imposición de restricciones sobre el comercio global y las campañas medioambientales ilustran el uso del argumento de los stakeholders para restringir también la competencia en el mercado de los productos." "La Stakeholder Theory cae en manos de intereses especiales que desean emplear los recursos de las empresas para sus propios fines. Con el fracaso generalizado de las economías socialistas y comunistas planificadas a nivel central, quienes desean utilizar fuerzas ajenas al mercado para reasignar la riqueza hallan gran confort en el campo de juego que la Stakeholder Theory abre ante ellos. La Stakeholder Theory les da la apariencia de un acceso político legítimo a las fuentes de poder de la toma de decisiones en las organizaciones y priva a esas organizaciones de una base fundada en principios que rechazan tales pretensiones."

En consecuencia, tanto la maximización del valor como la teoría de los stakeholders no pueden ser utilizadas de forma separada, es necesario buscar un punto de equilibrio entre ambas para de esta manera lograr la maximización del valor social sin destruir el objetivo que por esencia tienen las empresas.

4. Ejemplo práctico de maximizar el bienestar social

De manera didáctica se trata de explicar esta teoría.

Costo de producción un bien = USD. 20 o más
Valor al que quiere comprar el consumidor el bien = USD. 32 o menos

- Maximización del valor solo para el productor (monopolio)= vender el producto a USD. 35, es decir tener un excedente de USD15 más de lo que podía vender.
- El consumidor paga más de lo que estaba dispuesto a pagar
- Maximización del valor solo para el consumidor (un solo consumidor)= comprar el producto a USD. 20, es decir compro a USD. 12 menos de lo que estaba dispuesto a pagar.
  El productor vendió a su coste de fabricación.
  Maximizar el bienestar social = si la empresa puede competir libremente en el mercado, se vende el producto a USD. 28.
  El productor gana USD. 8
  El consumidor paga USD. 4 dólares menos de los que estaba dispuesto a pagar
  Excedente social: USD. 12 dólares.

Resultado = la ganancia no solo es para la empresa sino también para el consumidor. De manera indirecta gana el Estado por el impuesto que genera la venta, los trabajadores porque a mayor producción mayores fuentes de trabajo, proveedores de las empresas tienen más ventas de su materia prima, y al utilizar economías de escala o de alcance que les permita reducir costos, competir en el mercado y disminuir el valor de venta del producto ganan los accionistas y los consumidores. En definitiva hay circulación del dinero a nivel general.

5. ¿En el sistema económico social y solidario vigente en el país, es aplicable la teoría de maximización de valor?

Para poder dar respuesta a esta interrogante, es necesario entender la historia del sistema económico en Ecuador, de qué se trata la economía social y solidaria[7], la libertad de empresa en nuestro ordenamiento jurídico y concatenar la teoría de maximización de valor mencionada anteriormente.

La historia del sistema económico del Ecuador, nos muestra que en la Constitución de 1978 se decía que teníamos una economía de mercado, luego en la Constitución Política del Ecuador de 1998 se hablaba de una economía social de mercado, y en la Constitución de la República del Ecuador de 2008[8] que se habla de una economía social y solidaria, en donde prevalece el ser humano sobre el capital[9], se puede inferir que los cambios económicos que ha sufrido el país en la década pasada, principalmente el Gobierno del Economista Rafael Correa, se han dado siguiendo corrientes políticas de los gobiernos de turno y las tendencias latinoamericanas presentes[10].

> Para Coraggio la economía Social y Solidaria "Se trata de poner límites sociales al mercado capitalista y, si es posible, construir mercados donde los precios y las relaciones resultan de una matriz social que pretende la integración de todos con un esfuerzo y unos resultados distribuidos de manera más igualitaria."[11]

7. Ver José Luis Coraggio, Economía Social y Solidaria, Quito, Ediciones Abaya Yala, 2011.
8. Asamblea Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, Montecristi, Ediciones Legales, 2013.
9. Ver Alberto Acosta, Breve historia Económica del Ecuador, Quito, Corporación Editora Nacional, 2001.
10. Ver Pablo Guerra y Otros, Estudio Sobre la Economía Popular y Solidaria, Contextos de la "Otra Economía", Quito, Imprenta Calderon, 2014.
11. José Luis Coraggio, Economía Social y Solidaria, Quito, Ediciones Abaya Yala, 2011, p. 44.

> En cuanto a la Libertad de empresas la Constitución establece que: "se reconoce y garantiza a las personas… 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual y colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental" (art. 66 num. 15). Según Gaspar Ariño, la libertad de empresa se basa en la libertad de creación de la empresa y libertad de acceso al mercado, libertad de organización de la empresa, y la libertad de dirección o de ejercicio.[12]

La maximización de valor de las empresas ya lo mencionamos al inicio.

Entonces se puede decir que lo que pretende la actual Constitución es el reconocimiento de una economía solidaria, que hasta entonces había estado invisibilizada, incorporando al mercado a organizaciones de economía popular y solidaria, y comprometiendo a que los poderes públicos contribuyan al desarrollo de este proceso. Sin embargo, esta visión, hubiera sido posible de igual manera en la economía social de mercado, ya que si bien es cierto que en esta economía el mercado se consideraba como el principal asignado de recursos, el Estado también tenía una fuerte intervención para corregir los desequilibrios que se producían en ese sistema económico, y de esa manera maximizar el excedente social en dicha economía, por lo que bajo el mismo modelo económico se hubiera podido aplicar políticas públicas incluyentes de los sectores vulnerables e invisibilizados, pero sin restringir la libertad de empresas, más bien corrigiendo los abusos del mercado y dando oportunidad al constante desarrollo de la producción y el comercio, a la importación y exportación, incentivando a los actores económicos a mejorar su producción para poder competir en el mercado con una visión no solo nacional sino también internacional, lo que a su vez permitiría ampliar las fuentes de empleo, brindar un

12. Ver Gaspar Ariño, Principios Constitucionales de la libertad de Empresa. Libertad de Comercio e Intercambio Administrativo, Madrid, Instituto de Estudios de Libre Comercio, 1995, 85.

mejor estilo de vida a sus habitantes y por ende mejorar el sistema económico del país, dejando de depender solo del petróleo o el turismo sino también fortaleciendo la producción y garantizando al inversor nacional e internacional a emprender en el país.

En consecuencia, el cambio de sistema económico, más que por un cambio de fondo, es un cambio de forma, un enunciado político, con el que se crearon políticas públicas que dieron fuerza a un sistema económico ya existente, incluyendo ciertas ventajas y visibilizando la participación de ciertos grupos socioeconómicos, fortaleciendo la intervención del Estado en temas económicos, que pretendiendo alcanzar el bienestar social, a su vez se restringieron la libertad de empresa, centrando la mirada hacia una producción interna, nacional, limitando la inversión extranjera, convirtiéndose en la actualidad el Estado en el principal competidor del productor privado, e incluso disminuyendo la producción en escala[13] también contemplada en la Constitución como uno de los objetivos del comercio.

Una de las debilidades de las entidades llamadas de la "economía popular y solidaria" es precisamente la debilidad de sus estructuras internas de auditoría y control, que, unidas a las debilidades del control externo (Superintendencia de la Economía Popular y Solidaria), han traído como consecuencia las liquidaciones de varias cooperativas (Cacpet, en Ambato, etc.), con el consiguiente perjuicio a los ahorristas. Aquello, evidentemente, demuestra que los directivos de esas cooperativas no adoptaron decisiones oportunas para maximizar el valor de esas empresas, sino todo lo contrario. La mayoría de estas entidades, en sus Directorios, Consejos de Administración o cómo se llamen, están presentes personas neófitas[14], que toman decisiones o equivocadas o abiertamente ilegales (créditos vinculados, o sin las sufi-

13. Art. 304, num. 5, Const. La política comercial tendrá los siguientes objetivos …5. Impulsar el desarrollo de economías de escala …
14. Neófito.- aquella persona que recientemente se ha adherido a una causa o a una colectividad, aquel que es nuevo en determinado lugar o en determinada actividad.

cientes garantías, como en la Cacpet, por ejemplo), que de ninguna manera contribuyen a maximizar el valor de esas entidades y por ende no contribuyen alcanzar el excedente social del país.

En base a lo analizado considero que lograr aplicar la teoría de maximización de valor en el sistema económico social y solidario, no es posible en su totalidad, ya que nuestro sistema económico popular y solidario, tal cual se ha desarrollado en la década pasada y en menor proporción actualmente, más allá de impulsar políticas públicas que fomenten y fortalezcan el comercio justo[15], lo que ha buscado es, a través de empresas públicas[16] [17], inmiscuirse en el mercado para brindar servicios y competir constantemente con el sector privado, no solo en sectores estratégicos sino en toda aquella actividad que a criterio o capricho del Gobierno lo caracterice de necesario aun cuando esto no sea así, a tal punto de desvincular a las empresas privadas del mercado por la cantidad de costos de transacción impuestos constantemente sin criterio alguno y la inequidad de los precios con los que debe competir. Sin embargo, no se puede hablar de un sistema económico que excluya al mercado, ya que esta es la institución fundamental para que el país pueda desarrollarse y cumplir con sus objetivos impuestos, lo que sí es claro es que nuestra Constitución contempla artículos que impulsa al mercado y otros que restringen su libre desarrollo por lo que limita maximizar el valor adecuadamente.

Es claro que los objetivos del Estado no son compatibles con los del sector privado, ya que el Estado como tal busca brindar un servicio público sin tomar en cuenta la utilidad mientras que

15. Art. 304, num. 5, Const. La política comercial tendrá los siguientes objetivos …5. .. y comercio justo
16. Art. 313, inc. 2 Const, Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental …
17. Art 315, inc. 1, Ibídem, El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la presentación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

el privado debe subsistir en el mercado aun con políticas que reprimen su desarrollo. Claro ejemplo es TAME, una empresa pública que solo ha generado pérdidas al país, o los canales incautados por el Estado en la década anterior, que hoy en día es de conocimiento público que tiene saldos negativos, cuya causa fue el servir a los intereses del Gobierno de turno y olvidarse de la verdadera esencia de la empresa y el desarrollo constante que esta debe tener.

Es un error criminalizar a las empresas privadas por buscar utilidad ya que sin ello estas no pueden subsistir, la misión del Estado es controlar que no exista un abuso en el mercado y crear políticas que colaboren a la maximización de su utilidad, resultados que aportan a la economía del país.

BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO, Gaspar, "Principios Constitucionales de la libertad de Empresa". Libertad de Comercio e Intercambio Administrativo, Madrid, Instituto de Estudios de Libre Comercio, 1995.

ACOSTA, Alberto, "Breve historia Economía del Ecuador", Quito, Corporación Editora Nacional, 2001.

CORAGGIO, José Luis, "Economía Social y Solidaria", Quito, Ediciones Abya Yala, 2011.

GUERRA, Pablo y Otros, "Estudio Sobre la Economía Popular y Solidaria, Contextos de la Otra Economía", Quito, Imprenta Calderón, 2014.

JENSEN, Michael C., "Maximización Del Valor, Teoría de los 'Stakeholders' y la Función Objetiva de la Empresa" Harvard Business School Working Paper.

ensayos jurídicos
y
procesos

I

¿EL PROCEDIMIENTO DIRECTO EN MATERIA PENAL VIOLA DERECHOS FUNDAMENTALES?

María José López Cobo[1]

SUMARIO: I. Introducción **II.** Los Procedimientos Especiales **2.1** Nacimiento de los procedimientos especiales **2.2** Procedimientos Especiales *vs.* Principios fundamentales **2.3** Procedimientos Especiales en el Ecuador en materia penal ordinaria **III**. El Procedimiento Directo **3.1** Definición **3.2** En el Código Orgánico Integral Penal **3.3** Procedimiento Directo vs Ordinario **3.4** La prueba en el Procedimiento Directo **3.5** Objetivo del procedimiento Directo ¿Es necesario este procedimiento? **IV**. Conclusiones.

I. Introducción

La materia penal, es una de las más importantes para la sociedad, puesto que el bien jurídico que tutela, es la libertad, como consecuencia de haber cometido un delito, el mismo que será juzgado por ser una acción pública, la misma que en su ejercicio puede ser privada o pública.

El Estado tiene reservada para si la competencia exclusiva para sancionar a los ciudadanos que cometan actos ilícitos, en

1. Abogada de los Tribunales de la República por la Universidad Regional Autónoma de los Andes. Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Candidata a Magíster en Derecho mención Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Ex Asambleísta Alterna. Abogada Asociada en la firma Torres & Torres Cobo. Asesora Parlamentaria.

todos los supuestos que se contemplan en la normativa penal que para el efecto ha creado el legislador ecuatoriano.

El derecho penal se ha ido modificando en razón de la evolución de las necesidades de la sociedad, principalmente, en el tema de solución de conflictos, en lo que se refiere a los procedimientos se han ido creando alternativas a lo largo de los años, es así que primero se introdujo "la suspensión condicional del procedimiento" y "el procedimiento abreviado" –hasta ahora muy criticado–, el primero de los mismos, ya se lo eliminó, pero sin duda fue el inicio de un camino hacia un avance en la evacuación y conclusión de procesos penales con sentencias para evitar las injusticias con personas que permanecen en prisión sin sentencia.

En el año 2014, en el Ecuador entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de Febrero de 2014, con el cual, se introdujeron algunos cambios significativos y se consolidó en un solo código normas sustantivas y adjetivas, lo que sin duda facilita el trabajo a los operadores de justicia y a los justiciables.

La realidad de cada sociedad, exige que se den cambios a pasos agigantados, por lo que en lo que a materia penal se refiere, estos cambios demoraron muchos años y, con más urgencia se fueron necesitando para cristalizar la aplicación de la celeridad, claro está sin menoscabar el debido proceso y el tiempo razonable para una defensa adecuada como en todo proceso oral debe existir.[2]

A pesar de existir críticas a los procedimientos rápidos –por denominarlos de una manera- en materia penal, la eficacia obtenida en algunos de ellos, ha englobado en el Código Orgánico Integral Penal a los procedimientos especiales, en el cual el procedimiento directo es una de las especies de este tipo.

2. Luis Abarca, "Fundamentos Orales del Sistema Procesal Ecuatoriano" (Quito, 2006), 53.

Si bien el procedimiento directo, es justificable aplicarlo en delitos flagrantes, con los requisitos que este tiene, los cuales serán desarrollados, sin embargo, al estar de por medio un tiempo demasiado corto para su resolución, ¿es razonable que exista este procedimiento?

Para responder a esta interrogante, es necesario conocer sobre la constitucionalidad y aplicación de esta clase de procesos especiales en nuestro sistema, así como su implementación, y su resultado.

Todo lo relacionado a la materia penal, embarga un estudio muy meticuloso, y más aún si se trata de contrastar los procesos con los derechos fundamentales como son contar con el tiempo adecuado para la defensa, entre otras garantías que prevé nuestra Constitución de la República[3].

II. LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

2.1 Nacimiento de los procedimientos especiales

El nacimiento de este tipo de procedimientos lo aducen muchas veces al sistema anglosajón, sin embargo el Dr. Jorge Zavala Baquerizo, nos explica que precisamente este proceso viene desde la antigüedad y se remonta a la Ley de las XII Tablas, en las cuales ya se preveían arreglos para las personas que se hallen involucradas en el cometimiento de una infracción.[4]

Este procedimiento o clases de procedimientos tienen su génesis en la necesidad de combatir la creciente delincuencia, y como lo indica el Dr. Zavala Baquerizo, en la creación de diver-

3. Co*nstitución de la República del Ecuador,* [2008], tit. II "Derechos", cap. octavo, "Derechos de Protección" Art. 76.7.b ([Quito]: Asamblea Nacional, Corporación de estudios y publicaciones, 2011.): 57.
4. Jorge Zavala Baquerizo, "El Procedimiento Abreviado" (Guayaquil, 2007), 594.

sos tipos penales sin un estudio adecuado para ello, dado esto, el fin es la descongestión del sistema judicial, así como el beneficio para el procesado.[5]

El Ecuador, no fue la excepción y el primer procedimiento especial que se introdujo en el Código de Procedimiento Penal fue el procedimiento abreviado junto con el simplificado, para el cometimiento de delitos cuya pena privativa de libertad sea de hasta 5 años.[6]

El procedimiento Directo, es uno de los procedimientos especiales que sin duda obedecen a la última reforma en materia penal, siguiendo la tendencia de los procedimientos diferenciados o especiales, que sintetizan el proceso en bien del avance del sistema.[7]

2.2 Procedimientos Especiales *vs.* Principios fundamentales

Hay quienes sostienen que al aplicar este tipo de procedimientos se atenta contra un juicio oral que cuente con el suficiente tiempo para que se lleve a cabo un proceso vàlido, en el que, el procedimiento, sea lato para que se pueda determinar la responsabilidad de una persona, sin caer en el engaño de quienes se inculpan para salvar a otros –responsables materiales–, o de quienes sólo tienen el objetivo de disminuir o atenuar la pena.

Sin embargo, con este tipo de procedimientos, uno de los principios constitucionales que más se ve afectado, es el de la

5. Íbidem
6. Ecuador, Código de Procedimiento Penal, en Registro Oficial Suplemento, No. 360 (13 de enero de 2000), art. 369, 370 y siguiente innumerado. (derogado)
7. Jorge Clairá, "Derecho Procesal Penal" (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores,1998), 301

presunción de inocencia, consagrado en el art. 76 numeral 2 de la Constitución[8].

2.3 Procedimientos Especiales en el Ecuador en materia penal ordinaria

En el Código Orgánico Integral Penal, con las reformas que se han venido aplicando, desde el 2014, tipifica en el art. 634, los procedimientos especiales que son: El abreviado, el directo y el expedito; y, el que se aplica a la acción privada, el abreviado. El que básicamente es punto de nuestro estudio es el procedimiento directo.[9]

Los procedimientos especiales se aplican en casos de flagrancia, o en contravenciones penales y de tránsito, haciendo que se concentre en una sola audiencia o audiencia única, todo lo que se realiza en un procedimiento ordinario –lo cual también es atentatorio a una buena defensa técnica, es decir contar con el tiempo adecuado–.

La distinción entre el procedimiento ordinario y los especiales, sin duda tiene como único fin agilitar la administración de justicia, ahora nos queda establecer que tan conveniente es la aplicación de uno de ellos en forma especial.

8. Constitución de la República del Ecuador, [2008], tit. II "Derechos", cap. octavo, "Derechos de Protección", art. 76.2 ([Quito]: Asamblea Nacional, Corporación de estudios y publicaciones, 2011.): 59.
9. Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, en Registro Oficial Suplemento, No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 634.

III. EL PROCEDIMIENTO DIRECTO

3.1 Definición

Es propio de un procedimiento oral, rápido y eficaz, que le da una solución innovadora a los procesos permitiendo que se sentencie de una forma rápida los casos que no son tan graves, cuyo objetivo primordial es brindar una respuesta oportuna a la víctima y al procesado.

Es claro que en este procedimiento se debe asegurar que se cumplan y respeten los principios y derechos fundamentales enmarcados en la Constitución, por ello se ha creado este procedimiento eficiente, que en claridad de lo expuesto busca impartir seguridad a la ciudadanía, y procurar que no se quede el hecho en la impunidad como algunas o la mayoría de veces sucede.

3.2 En el Código Orgánico Integral Penal

Encontramos al Procedimiento Directo en el Código Orgánico Integral Penal en un solo artículo, desde ahí evidencia su simplicidad y sencillez, el mismo que se encuentra de la siguiente manera:

> *Art. 640.- Procedimiento directo.- El procedimiento directo deberá sustanciarse de conformidad con las disposiciones que correspondan del presente Código y las siguientes reglas:*
> *1. Este procedimiento concentra todas las etapas del proceso en una sola audiencia, la cual se regirá con las reglas generales previstas en este Código.*
> *2. Procederá en los delitos calificados como flagrantes sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años y los delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general calificados como flagrantes.*

Se excluirán de este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
3. La o el juez de garantías penales será competente para sustanciar y resolver este procedimiento.
4. Una vez calificada la flagrancia, la o el juzgador señalará día y hora para realizar la audiencia de juicio directo en el plazo máximo de diez días, en la cual dictará sentencia.
5. Hasta tres días antes de la audiencia, las partes realizarán el anuncio de pruebas por escrito.
6. De considerar necesario de forma motivada de oficio o a petición de parte la o el juzgador podrá suspender el curso de la audiencia por una sola vez, indicando el día y hora para su continuación, que no podrá exceder de quince días a partir de la fecha de su inicio.
7. En caso de no asistir la persona procesada a la audiencia, la o el juzgador podrá disponer su detención con el único fin de que comparezca exclusivamente a ella. Si no se puede ejecutar la detención se procederá conforme a las reglas de este Código.
8. La sentencia dictada en esta audiencia de acuerdo con las reglas de este Código, es de condena o ratificatoria de inocencia y podrá ser apelada ante la Corte Provincial".[10]

Una vez apreciados los ocho puntos, es importante señalar que se excluye la posibilidad de aplicar este procedimiento cuando se trata de delitos cometidos contra la administración pública, los que protegen el bien jurídico vida, integridad sexual y delito de violencia contra la mujer y la familia.

Los casos excluidos evidencian que en ellos se requiere más tiempo para probar los delitos penales atendiendo su gravedad, pues implica una responsabilidad que merece una pena mayor y un momento probatorio que cuente con suficiente tiempo de obtención, así como que la elaboración de la teoría del caso por parte de fiscalía y la investigación en si sea la necesaria.

10. Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, en Registro Oficial Suplemento, No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 640.

3.3 Procedimiento Directo *vs* Ordinario

El Procedimiento Directo se lo sustancia en una sola audiencia, una vez calificada la flagrancia, mientras que el procedimiento ordinario, una vez concluida la etapa pre-procesal, se inicia con la instrucción fiscal, luego inicia la fase preparatoria de juicio, para concluir con la etapa de juicio.

En el caso del procedimiento directo se concentran todas las etapas mencionadas en una sola audiencia, siendo su característica que es aplicado únicamente en el caso de delitos flagrantes. La flagrancia se encuentra de igual manera normada en el Código Orgánico Integral Penal cuando señala: "que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida. No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión".[11]

3.4 La prueba en el Procedimiento Directo

La norma establece claramente que una vez calificada la flagrancia, y, que el Fiscal haya solicitado que se someta a procedimiento directo, será el Juez de Garantías Penales y no un Tribunal el que juzgue al procesado, de así decidirlo, toda vez que se cumplan los presupuestos. Para ello deberá fijar una audiencia en el plazo máximo de 10 días.

11. Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, en Registro Oficial Suplemento, No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 527.

Ahora bien, lo que se ha criticado es el plazo de 10 días, para la realización de la audiencia, pues como pudimos observar, además, en la norma se contempla que tres días antes de la realización de la misma, se debe anunciar la prueba, lo que hace que los elementos probatorios de descargo, sean complicados de conseguir en un tiempo tan corto de 7 días.

Existe un máximo, cuando podría ser el mínimo, pues a pesar que el problema, no es del procedimiento, sino de los operadores o de las herramientas –en muchos casos de los peritos–, una de las opciones podría ser el establecimiento de la audiencia en 15 días, en los cuales se puede dejar de lado toda posibilidad de demora o retardo en la Justicia.

La prueba como en todo proceso es la base para resolver el litigio y de ella depende el resultado, es conocido que cada una de las pruebas aportadas no pertenece a la parte que la solicita o la práctica, sino que por el principio de comunidad pertenece al proceso y debe ser valorada en su conjunto, no de manera aislada.

Aún más cuando hablamos de materia penal, la prueba debe constituirse en el elemento que nos lleve más allá de la verdad procesal, debe llevarnos a la verdad material.

Sostienen que es difícil imaginar que se realice un proceso en el que no se haya practicado actividad probatoria, pues mediante la prueba y su carácter objetivo y subjetivo se va a demostrar los hechos que se relatan y así llegar a la exigencia de las pretensiones o al establecimiento de sanciones. Es así que hay autores que califican a la prueba como fin, otros como medio, y finalmente otros como actividad o resultado.[12]

Mediante la prueba se le da al juzgador los elementos necesarios para emitir su fallo, por ello en la ley se encuentran regulados los distintos medios de prueba, para lograr que en los

12. Teoría General de la Prueba Judicial

procesos se cuente con una prueba objetiva, legal y constitucional, de ahí que surta efectos, es decir que tenga eficacia.

Se puede decir entonces que sin prueba, no hay proceso. Por ello más aun en materia penal, en la que hablamos de libertad de una persona, de delitos de cosas de mayor relevancia para el orden y paz de la sociedad, es necesario que un proceso para ser resuelto se alimente de la prueba, y de ahí surja la motivación del juzgador.

Podemos notar que en estos procedimientos especiales de terminación, no existe mayor importancia a la prueba que se aporte, porque, al ser uno de los requisitos, es un tanto inconstitucional –atendiendo a la prueba que aporte fiscalía– que el procesado, pueda conseguir o elaborar la prueba hasta la audiencia única.

En este sentido una vez analizada la importancia de la prueba, debo insistir, que el no conseguir una prueba a tiempo, como en el supuesto de que para demostrar que una persona que tiene ciertos gramos de cocaína, es un consumidor y no un traficante, hasta que se le haga las pruebas correspondientes y el perito entregue el informe, es muy complicado o casi imposible que se lo haga en 7 días, lo que torna a un enfrentamiento entre la celeridad, y el tiempo adecuado para una defensa y obtención de prueba.

Sin embargo de lo señalado, el hecho es que se aplica este procedimiento, únicamente para los casos de flagrancia o delitos contra la propiedad que no excedan los 30 salarios básicos unificados, entendiéndose entonces que si el Fiscal solicita esa vía es porque existe prueba suficiente que incrimine, más aun habiendo encontrado al procesado en el momento mismo del cometimiento de la infracción.[13]

13. Ricardo Vaca Andrade, "Derecho Procesal Penal Ecuatoriano". (Quito: Ediciones Legales, 2015), 508

3.5 Objetivo del procedimiento Directo ¿Es necesario este procedimiento?

Como hemos podido ver a lo largo de este estudio, el procedimiento directo, se lo ha instituido como una herramienta que ayuda o que tiene por finalidad la pronta respuesta a los justiciables, es así que con el mismo desde su puesta en vigencia en el año 2014, con el Código Integral Penal, de la mano a ayudado a reducir la carga y el estancamiento de causas.

Un dato estadístico realizado por el Dr. Jorge Blum Carcelén en enero de 2015, indica que con el procedimiento directo, en las provincias de Guayas y Pichincha se han resuelto 1.000 causas, de las cuales el 75% concluyó con sentencia de culpabilidad y el 25% reconoció el principio de inocencia.

Por ello en opinión de usuarios, operadores de justicia, fiscales y la mia propia el Procedimiento directo se ha convertido en una herramienta indispensable para la solución de procesos que muchas veces demoraban años en terminar ya sea con una audiencia condenatoria o absolutoria.

Sin duda los procedimientos especiales, y específicamente, el procedimiento Directo, se ha creado con la finalidad que se logren procesos eficientes que eviten la impunidad y garanticen la justicia, en función de la gravedad de los bienes jurídicos lesionados penalmente.[14]

El procedimiento directo es un procedimiento que se ha convertido en necesario, a pesar de tener unos vacíos, que los dejaré mencionados, pues, únicamente establece que se puede suspender la audiencia por 15 días, por única vez, pero que sucede en el supuesto de que se encuentre un nuevo sospechoso que se vincule a la participación en el hecho delictivo, ¿corres-

14. Asamblea Nacional, "Visión General del Código Orgánico Integral Penal" (Quito, 2014), 65.

ponden los 30 días más?, o en la reformulación del delito, son aspectos que la norma no considera, y que en la práctica, sin duda alguna llevará a que se subsanen estos aspectos.

Lo ideal será mantener el procedimiento directo que es indispensable en el quehacer jurídico penal diario, incluyendo las reformas que sean necesarias, debiendo además dejar resaltado que el mismo cumple con el derecho de doble instancia en materia penal, pues se puede interponer recurso de apelación ante la Corte Provincial, lo que hace que el justiciable tenga seguridad de que su proceso se llevó a cabo de una manera adecuada.

IV. CONCLUSIONES

Los procedimientos especiales nacieron en respuesta a descongestionar el sistema judicial y lograr que la celeridad sea la herramienta para ello.

Los procedimientos en materia penal, de manera especial el procedimiento directo, no viola los derechos fundamentales de las personas que se someten a los mismos.

Se ha implementado este procedimiento para delitos flagrantes de menor peligro, ayudando a que se implemente la celeridad en el juzgamiento de infracciones que merecen una pena de hasta 5 años.

La prueba es materia penal es un elemento sustancial al momento de resolver el Juzgador, por ello un proceso que no tenga prueba no es proceso, o si cuenta con prueba solo de la una parte por falta de tiempo para su obtención es atentatorio a los derechos.

En el procedimiento Directo, se tiene la prueba suficiente y necesaria para resolver, prueba de ello es que existen sentencias condenatorias y absolutorias.

El procedimiento Directo se ha convertido en necesario para una respuesta oportuna y eficaz a los justiciables.

La prueba que es aportada por el Fiscal es íntegramente valorada por el Juez, que permite que el exista un debido proceso y un respeto total al derecho a la defensa.

Aquí no se menoscaban derechos como en otros procedimientos especiales, pues el procesado no está obligado tácitamente a aceptar su culpabilidad, sino que se defiende ejerciendo su derecho de contradicción en adecuada forma.

Los problemas de este procedimiento no refieren al problema de su forma, sino a las herramientas del mismo sistema por ejemplo a informes periciales que demoran demasiado, más de los 7 días para el anuncio de prueba.

Hay vacíos para algunos supuestos que pueden darse en el trámite del procedimiento directo que deberán ser subsanados.

BIBLIOGRAFÍA

Abarca, Luis Humberto, *Fundamentos Orales del Sistema Procesal Ecuatoriano*. Quito, 2006.

Asamblea Nacional de Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador.* Quito: Comisión de Codificación Asamblea Nacional, 2008.

Asamblea Nacional. *Código de Procedimiento Penal.* Quito: Ediciones Legales, 2000.

Asamblea Nacional. *Código Orgánico Integral Penal.* Quito: Ediciones Legales, 2014.

Asamblea Nacional. *Visión General del Código Orgánico Integral Penal*. Quito, 2014.

Clairá, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni Editores. 1998

Teoría General de la Prueba Judicial, autor desconocido, consultado el 17 de julio de 2015.

Vaca Andrade, Ricardo. *Derecho Procesal Ecuatoriano.* Quito. Colección Procesal Ecuatoriana, 2010.

Ricardo Vaca Andrade. *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*. Quito. Colección Procesal Ecuatoriana, 2015.

Zavala Baquerizo, Jorge. *El Procedimiento Abreviado.* Guayaquil, 2007.

"PROTOCOLO DE PERSONAS DESAPARECIDAS" DESAPARECIDOS EN EL ECUADOR, UNA LACERANTE REALIDAD

Raúl Recalde Suárez[1]

I. Introducción

El Estado ecuatoriano debe, entiendo, tener como horizonte inalterable la idea de que la justicia debe ser aplicada de forma expedita e imparcial, garantizando que se cumplan principios básicos como la celeridad, oportunidad, inmediación, concentración, tutela efectiva, reparación integral de los derechos de las víctimas, siempre en total apego a las disposiciones constitucionales, legales y conforme a las disposiciones contenidas en tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Ecuador, por sobre todo en materia de Derechos Humanos; de esta forma, la justicia ecuatoriana adquiere un rostro cada vez más humano convirtiéndola en un mecanismo de materialización y reivindicación de derechos pro - hómine y no en un conjunto de normas alejadas de la realidad y el convivir ciudadano, por lo tanto considero como necesario y fundamental, seguir en el empeño de fortalecer y modernizar a todas las instituciones involucradas con la operatividad de la justicia como son: la Fiscalía General del Estado, la Defensoría Pública, las Unidades Judiciales Penales y sus Juzgados, la Policía Nacional, y todos los entes auxilia-

1. Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de la República por la Universidad Central del Ecuador, Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena por la Universidad Regional Autónoma de los Andes, Magister en Derecho Penal y Criminología por la Universidad Regional Autónoma de los Andes. Fiscal de Tungurahua. Docente Universitario Universidad Técnica de Ambato (UTA).

res de apoyo a esta labor a fin de que puedan proveer de una atención profesional, oportuna y accesible a todos los ciudadanos, rompiendo para siempre con el aforismo ciudadano de que "una justicia que tarda, no es justicia", atención que también evidencie un total e irrestricto respeto a los derechos humanos; en pocas palabras que cumpla con lo manifestado por el Consejo de la Judicatura en su eslogan "Hacer de la justicia una práctica diaria", se debe entender entonces que la práctica de la justicia debe ser considerada como un medio de vida y no como una práctica excepcional sujeta al vaivén de un proceso formal.

II. Política Criminal y Reacción Institucional: Un problema de todos

Dentro de esta óptica, el Estado Ecuatoriano debe generar una serie de políticas públicas que permitan dotar de mayores herramientas a los operadores de justicia, a la policía, y a los agentes de los demás apoyos auxiliares para que en el ámbito de sus competencias, generen una inmediata, efectiva, eficiente y eficaz actuación en la localización de las personas desaparecidas, perdidas o extraviadas; una de estas herramientas se constituye entre otras la creación de la unidad especial de investigación para personas desaparecidas que es parte de la Policía Nacional y que se ha venido a denominar como DINASED la que tiene por objeto la investigación inmediata y sin dilación alguna de los hechos relacionados con la pérdida, extravío, abandono o ausencia de una persona; otra de estas herramientas es la creación del denominado "Protocolo de actuación para la búsqueda, investigación y localización de personas desaparecidas, perdidas o extraviadas" expedido por el Pleno del Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 160-2012, de 08 de noviembre de 2012, que se constituye en un instrumento jurídico que trae consigo una serie de disposiciones relativas de manera específica al tema de la desaparición de personas, lo que segu-

ramente responde, como ya se dejó anotado anteriormente, al clamor de la sociedad civil interna y de las recomendaciones y resoluciones efectuadas por las diversas instancias internacionales que "obligan" al estado ecuatoriano a la adopción de medidas y mecanismos que creen, refuercen, o modifiquen instrumentos jurídicos internos que generan la adopción de mecanismos de búsqueda y localización de personas desaparecidas.

En el presente estado de cosas, fue de urgente necesidad la creación del protocolo aludido anteriormente que garantice, por un lado, la correcta aplicación de procedimientos de investigación; y por otro, la adecuada atención a las víctimas directas e indirectas de estas conductas y circunstancias, asegurando adicionalmente que éstas últimas sean tratadas con respeto a su dignidad en base a una actuación altamente profesional de la autoridad a cargo.

Adicionalmente, se ha dicho que la creación de este protocolo responde al clamor ciudadano de las familias que han sido afectadas por este tipo de acontecimientos en los que se ve reflejado el dolor y la desesperación de no saber del paradero de sus seres queridos, contrastado con el hecho de que el estado no da oídos a sus pretensiones y anhelos, de que se logre una investigación efectiva y eficiente de parte de los órganos directos y auxiliares de control de este problema, así como de las conclusiones, recomendaciones y propuestas planteadas en diversos foros a nivel nacional y a la aspiración general de la ciudadanía; lo que inclusive ha generado cambios y reformas que han sido directamente introducidas en el texto del Código Integral Penal, puntualmente en los artículos 84 (desaparición forzada) en el caso de que el sujeto activo de la desaparición sea un agente estatal; artículo 141 (femicidio), se amplió el espectro de la reparación integral de la víctima al deber ser incluida en la decisión del tribunal de garantías penales que sancione cualquier delito conforme lo señala el artículo 619. N.4, entre otras reformas. Es

de considerar que los casos de personas desaparecidas se convierte en un fenómeno que causa gran conmoción social ya que no solo es una pesadilla para quien desaparece de su entorno, sino para su entorno familiar, que se alimenta con la incertidumbre respecto a la suerte o al paradero de su familiar.

En este contexto se debe considerar que el Consejo de la Judicatura tiene como objetivo el que la justicia sea "una práctica diaria" por ende deberá ser rápida, oportuna e imparcial, por lo que se deberán implementar estrategias y líneas de acción que permitan la modernización de la Policía Nacional, la Fiscalía General del Estado, la Defensoría Pública, los Juzgados y Tribunales de Garantías Penales así como todas las unidades de apoyo auxiliar para que se brinde una atención oportuna, directa y profesional a la ciudadanía, que facilite la denuncia y responda de manera efectiva al requerimiento social con estricto apego a los derechos humanos, por lo que el presente protocolo fija los lineamientos de actuación interinstitucional para la búsqueda, localización y entrega de las personas desaparecidas, "perdidas" o extraviadas en la República del Ecuador, así como que se mejore la atención a las víctimas y agilice el trámite administrativo pertinente.

El creciente repunte en las estadísticas respecto al número de personas desaparecidas, extraviadas o perdidas llevó a la implementación de este protocolo específico al tema de la desaparición de personas desde una visión científica, bajo la aplicación de una metodología de respeto irrestricto a los derechos humanos y que garantice el acceso a un sistema de justicia oportuno y expedito a saber aplicable desde la llegada desde la noticia criminis y su atención a los ofendidos, evitando el impacto que este tipo de situaciones pudieren causar en su psiquis, debiendo garantizar inclusive en este sentido una atención proritaria a estos familiares ubicados en estado de vulnerabilidad; que tenga como finalidad evitar la impunidad y de ser el caso sancionar a los responsables de estas conductas presuntamente delictivas.

III. Protección Estatal a las personas desaparecidas en el contexto Latinoamericano: Experiencia mexicana

El presente ensayo tiene adicionalmente la intención de confrontar el sistema de investigación de casos de personas desaparecidas en el Ecuador con la normativa latinoamericana, generando un análisis comparativo que permita visualizar los avances, igualdades o retrocesos respecto de estos temas por parte del estado ecuatoriano; en tal virtud se ha escogido al hermano país de México en donde se conoce que durante el año 2011 se reportaron 569 (m) personas desaparecidas, se encontraron 221 (m) y del período enero a marzo de 2012 habrían desaparecido 174 (m) personas siendo localizadas 58 (m).

Iniciaré manifestando que en ambos países se han creado unidades especializadas para el tratamiento de los temas relacionados con la investigación de casos de personas desaparecidas; en México este grupo se encuentra adscrito al Programa para la Búsqueda y Localización de Personas Extraviadas y Ausentes denominado ODISEA, integrado al Instituto de Atención a las Víctimas del Estado de México; en Ecuador en cambio aparece el grupo denominado DINASED que se identifica como la Dirección Nacional de Personas Desaparecidas y Muertes Violentas, integrado a la Policía Nacional y Judicial y adscrito al Ministerio del Interior.

Dentro del análisis realizado es de evidenciar que el texto del Protocolo mexicano, es bastante parecido al documento del Ecuador, por decir lo menos; ya que es, en cuanto a su redacción, prácticamente idéntico, la diferencia radica en que México lo redactó el 26 de junio de 2012, mientras que la Resolución en el Ecuador que puso en vigencia el Protocolo nacional se dio el 08 de noviembre de 2012; por lo que se deduce que el Consejo de la Judicatura adoptó varios de los planteamientos del docu-

mento mexicano para la protección de este tipo de acontecimientos; sin embargo es posible evidenciar ciertas diferencias que trataré de poner sobre el tapete de la discusión respecto al alcance de las mismas, y son: A).- En el documento mexicano la responsabilidad directa de este procedimiento de protección a favor de las personas desaparecidas recae *íntegramente* en lo que ellos denominan como "Ministerio Público" (art.3) [adecuación a Fiscalía, en el ámbito nacional], mientras que Ecuador incluye en la participación a "…*la Policía Nacional a través de sus unidades especiales, como primera instancia de reacción, Fiscalía, Juzgados y demás apoyos auxiliares…"* (art. 1) [que no especifica claramente cuales son] enfoque más amplio en el plano nacional a mi criterio ya que involucra la participación interinstitucional desde el inicio de la respuesta estatal al tema de las personas desaparecidas B).- En México al parecer el problema de personas desaparecidas recae básicamente sobre las mujeres, convirtiendo este problema adicionalmente en una circunstancia de género por lo que la "obligación de debida diligencia" hace hincapié a la investigación sobre casos que afecten a este grupo social, a diferencia de lo que en Ecuador se evidencia en que no se hace distingos de esta naturaleza (art. 3). C).- En cuanto a la clasificación de las personas víctimas de estos actos Ecuador las divide en tres grupos: 1). Persona extraviada; 2). Persona perdida [hace referencia a los niños, niñas y adolescentes]; y, 3). Persona desaparecida; mientras que para México no incorpora el concepto de "persona perdida" (art. 3). D).- En cuanto a los principios expresados para el desarrollo de los procedimientos de investigación por parte de los sujetos involucrados, el protocolo ecuatoriano es mucho más rico ya que en su art 4, señala los aspectos vinculados al texto constitucional (art. 11) que como ya sabemos es absolutamente garantista por lo que se evidencia un avance significativo en cuanto a la concepción de un estado constitucional de derechos y justicia; sin embargo respecto al tema hay que anotar que México en su art. 3 conceptualiza claramente la aplicación del principio "pro - persona", mientras que el Ecuador solo lo deja enunciado por otro lado es de anotar que en su art. 4, literal h),

reconoce el derecho a la libertad sexual y el pleno desarrollo psicosexual de "las mujeres", lo cual deja desprotegido al segmento de los hombres considerándose que existe cierto grado de discriminación. E).- México es más proclive a determinar el ámbito de la reparación integral de la víctima ya que en su artículo 5, señala los parámetros de resarcimiento del daño mientras que Ecuador no lo posee en su texto. F).- En cuanto a los lineamientos de actuación es evidente que el protocolo mexicano es el Ministerio Público [Fiscalía] quien implementará y activará desde el principio los mecanismos de búsqueda del desaparecido (a) (art.10), mientras que en Ecuador serán todos los órganos quienes dentro del ámbito de sus competencias los inicien (art. 7). G).- Ecuador en el texto protocolario ha dividido los procesos de actuación en "etapas", para lo cual se han generado básicamente tres: 1).- Presentación de la denuncia / Recolección de la Información (art. 9) divide a su vez la etapa en tres momentos a]. Entrevista con personas respecto a la persona desaparecida b]. Solicitud de muestras de ADN si es necesario; y, c]. Proporcionar los datos del personal a cargo de la investigación a los familiares para estrechar el contacto; 2).- Alertar y coordinar con las dependencias públicas y privadas, que son parte activa de éste procedimiento de coordinación interinstitucional; y, 3).- Indagación a partir de la presunción de un delito, en donde se recogen una serie de datos un poco más exactos o ya más íntimos de las personas desaparecidas lo que habría de preguntarse es que sin no se llega a la tercera "etapa" significaría esto que los datos que en esta deberían recaudarse no constarían en la recolección inicial?, algo que deberá ser aclarado ya en la puesta en práctica del instrumento. Resolución 160-2012 del Consejo de la Judicatura

México por otro lado en el protocolo no considera etapas o fases sino que se desarrolla la investigación de una manera integral por lo que me perece importante rescatar ciertos aspectos que no constan en el documento ecuatoriano como son 1]. En el artículo 12, numeral V, se hace constar la necesidad de acceder

a la información "económica" del desaparecido (a), considerando que esta puede ser una causa basal de la desaparición. 2]. En el artículo 14 se establece de manera expresa que el Ministerio Público designará al menos 2 agentes para que se dediquen ex – profeso a la búsqueda y localización de las personas [Ecuador señala las instituciones pero no designa un número de personal específico] 3]. Cuando aparezca la persona desaparecida se deberá llenar un formato denominado "Formato de Cancelación del Reporte de Búsqueda y Localización de Personas Desaparecidas o Extraviadas" que deberá ser remitido al Instituto de Servicios Periciales de México, esta actuación entiendo es con el propósito de que no se agobien los recursos públicos en la investigación de una persona que ya apareció. H).- Circunstancia importante de recalcar, es la disposición contenida en el artículo 20, numeral VI, del protocolo mexicano que reza textualmente: "VI. En cualquier caso, el Ministerio Público deberá avocarse a la investigación, inclusive de aquellos hechos que podrían justificar o excluir la conducta realizada por el ascendiente o familiar que motivó u originó la desaparición o extravío del o los menores de edad", esto se refiere a los casos comunes en donde los padres que se encuentran divorciados acceden a la imposición de un régimen de visitas por parte de un Juez y que en ejercicio de los mismos generan acciones como no devolver al infante a quien es titular de su custodia a tiempo o llevárselo sin el conocimiento y consentimiento de éste o que los familiares políticos de la custodia nieguen haber visto al menor cuando saben que lo tiene el padre; estas circunstancias son importantes de considerar para que sean incluidas en el protocolo ecuatoriano. I).- Así mismo es importante señalar que el protocolo mexicano dedica todo el Título Segundo de su instrumento a lo que se ha denominado como DESAPARICIÓN DE MUJERES, misma que posee dos capítulos: 1). Lineamientos de Investigación (art. 21); y, tres secciones a su interior: a). De la Investigación Ministerial (arts. 22 al 25); b). Procedimientos en la investigación de desapariciones de mujeres (art. 26); y, c). De la Intervención Pericial (art. 27). Adicionalmente el capítulo segundo que se refiere a

Disposiciones Finales (arts. 28 al 30), circunstancia que podría ser tomada en cuenta por el estado ecuatoriano en la redacción de su documento en base a un criterio de reconocimiento en la materialización de los criterios de igualdad con enfoque de género enunciados constitucionalmente al tratar de equiparar en derechos a un grupo de la sociedad que ha sido tradicionalmente discriminado.

IV. Conclusión

Es sumamente importante el esfuerzo de largo aliento que el estado ecuatoriano viene desarrollando en materia de personas desaparecidas y que como ya se anotó responde inicialmente a un clamor ciudadano que ve angustiada su convivencia y desarrollo integral ante el fantasma de la posibilidad de que sus seres queridos desaparezcan sin dejar rastro alguno como en un gran número de casos se ha podido apreciar por los canales de información existentes en el país, es urgente entonces que el estado garantice la integridad familiar, la tranquilidad, la paz y sobre todo la seguridad de todos sus habitantes en aras de lograr un verdadero estado constitucional que privilegie los derechos ciudadanos y abone en su desarrollo personal, familiar e integral como miembro de una sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución de la República del Ecuador.
Código Orgánico Integral Penal.
Resolución 160-2012 del Consejo de la Judicatura.
Gaceta de Gobierno del Estado de México. 2012.
Declaración Universal de los Derechos Humanos ONU. 1948.
Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos ONU. 1966.
Convenio sobre los Derechos del Niño, ONU. 1989.
Convención Internacional para la Protección de todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, ONU. 2006.
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Consejo de Europa. 1950.
Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA. 1969.
Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Belém do Pará).
Declaración Sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, ONU. 1992.
Manual sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias, ONU. 1991.
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF. 1917.
Programa Nacional Para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas 2010-2012.
Amnistía Internacional: Informe: Muertes intolerables, diez años de desapariciones y asesinatos de mujeres en la ciudad de Juárez y Chihuahua, 2003.
Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México "Gaceta de Gobierno". 1917.

Código Penal del Estado de México, Periódico Oficial "Gaceta de Gobierno". 2009.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, periódico oficial "Gaceta de Gobierno". 2009.

Acuerdo 14/2010 del C. Procurador General de Justicia del Estado de México, por el que se crean las Unidades de Atención a Víctimas del Delitos con residencia en los Municipios de Cautitlán Izcalli, La Paz, Metepec, y Xonacatlán y se dé a conocer la existencia de los trece módulos del Programa para la Búsqueda y Localización de Personas Extraviadas y Ausentes "ODISEA", Periódico Oficial "Gaceta de Gobierno". 2010.

¿ES EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL UNA RESPUESTA ECUATORIANA A LA HEGEMONIZACIÓN MUNDIAL?

PERSPECTIVA DESDE LA TEORÍA DEL FIN

Gustavo Chiriboga[1]

El presente trabajo pretende analizar bajo la lupa de la teoría de la finitud, planteada por Costas Douzinas en su obra, "El fin de los Derechos Humanos"[2]; el Código Orgánico Integral Penal[3] es un instrumento legal en materia penal "moderno", que incluya nuevos tipos penales y que deroga otros tantos por considerarlos anacrónicos, después de la vigencia de aproximadamente cien años de vigencia del anterior código penal[4]. Sin embargo dentro de esta mentada modernización cabe analizarse si los tipos penales incorporados son una verdadera respuesta a las necesidades criminológicas de la realidad ecuatoriana o son por el contrario una necesidad estatal por cumplir con obligaciones internacionales impuestas por los grandes jerarcas de los organismos internacionales. Es así que a lo largo de este ensayo intentaremos revisar los tipos penales incluidos por cumplir con las obligaciones internacionales establecidas en los tratados o instrumentos de carácter internacional y de los cuales el Ecuador

1. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito (USFQ), Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, Asesor legal y parlamentario en la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional. Coautor del COIP, COGEP y COA.
2. Costa Douzinas, *El fin de Derechos Humanos*, (Lima: Editorial Legis, 2006).
3. Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180, 10 de febrero de 2014.
4. Informe para segundo debate sobre el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, emitido por la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional del Ecuador, 4 de octubre de 2013.

es suscriptor, adicionalmente iremos revisando la teoría de Costas Douzinas para con ejemplos claros irla graficando y concluir si dicho autor tuvo o no razón en su planteamiento.

El profesor Douzinas en su trabajo señala que en el marco de la globalización y bajo la perspectiva del neo humanismo se han establecido ciertos lineamientos por los cuales los ciudadanos y los países en lo colectivo deben conducirse, como un ejercicio de "civilización", por lo que alejarse de dichos lineamientos se consideraría simplemente como un acto de barbarie bajo el discurso, que pretende igualar a todos los individuos por lo que las diferencias entre clases, pueblos, tribus, naciones deben desaparecer bajo la idea refinada del deber que tienen los poderes imperiales de civilizar a las poblaciones, de manera que no pueden quedar bárbaros que en el futuro no habrán, ni tampoco fronteras que los dividan[5].

Dentro de este primer enunciado cabe analizar los "llamados de atención" (por decirlo de alguna manera), que en su momento realizó públicamente el Grupo de Acción Financiera Internacional GAFI o FATF por sus siglas en inglés, institución que un su informe de octubre de 2012, colocó al Ecuador dentro de la mal llamada lista negra o grupo de países "no cooperantes" por considerar que su legislación no es la adecuada para sancionar infracciones que afectan al mundo entero como es el tema del lavado de activos, terrorismo y su financiación, a pesar de que el entonces proyecto de COIP, prácticamente había recogido las sugerencias que dicha institución realizó a los países miembros. De esta manera podemos ver la influencia que un organismo internacional puede tener sobre un país como el Ecuador, ya que el no acatamiento de las disposiciones que dicho organismo "ordena" simplemente tiene consecuencias que podrían menoscabar al economía del Ecuador. El ejemplo se clarifica cuando se revisa el informe emitido por el GAFI en el que se autodefine como:

5. Costa Douzinas, *El fin de Derechos Humanos*, (Lima: Editorial Legis, 2006).

"El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) es el organismo internacional de establecimiento de normas para la lucha contra el lavado de dinero y contra el financiamiento del terrorismo (ALD / CFT). Con el fin de proteger el sistema financiero internacional de lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo (LD / FT) los riesgos y fomentar un mayor cumplimiento de las normas ALD / CFT, las jurisdicciones del GAFI identificados que tienen deficiencias estratégicas y trabaja con ellos para abordar las deficiencias que suponer un riesgo para el sistema financiero internacional"[6]

Dentro de la definición antes transcrita, es claro ver que el GAFI no está velando por "los posibles riesgos" que pudiere correr el Ecuador por no contar con una supuesta legislación adecuada que sancione delitos como el de terrorismo o lavado de activos, sino que se encamina a proteger al sistema financiero internacional, con lo que cualquier país – incluido el Ecuador- que pudiera poner en riesgo dicho sistema, simplemente debe ser incluido dentro de una lista de países no cooperantes y que por tanto representan un riesgo en si para la comunidad internacional, con el fin de aplicarles contramedidas tendientes a que dichos países se alineen a las disposiciones emitidas por el GAFI puesto que de no hacerlo estos países serían una suerte de criminales, tal como lo manifiesta Costas Douzinas al señalar que el neo pragmatismo establece que quienes se oponen a la concepción sobre igualación de discursos, son tratados como criminales, por lo que se legitima, en caso de violarse el paradigma, lo que el llama el derecho de intervención entendido como una autodefensa legal internacional.[7]

Es decir, bajo el discurso de hegemonización o igualación de los países en el marco de la normativa internacional es menester que las distintas jurisdicciones se acoplen a los lineamientos emitidos por los organismos internacionales, ya que caso

6. "High-risk and non-cooperative jurisdictions" FATF PUBLIC STATEMENT - 19 October 2012.
7. Costa Douzinas, *El fin de Derechos Humanos*, (Lima: Editorial Legis, 2006)

contrario la intervención de los mismos en las soberanías estaría "legitimada" y por tanto los países se ven sujetos a cumplir, ya que las consecuencias pueden ser aun peores como ha sucedido con países como Cuba que actualmente viven un bloqueo comercial condenado por todo el mundo, que sin embargo de ello se sigue aplicando.

En el caso específico del Ecuador, el GAFI de manera sesgada reconoció que se hicieron avances y que existe un compromiso político por cumplir con sus lineamientos, pero que estos no han sido suficientes y además no se ha cumplido con los plazos que ellos han dispuesto para que el país adecue su legislación y procedimientos de la manera que dicho organismo considera correcto[8]. En este punto es importante señalar claramente, el GAFI intervino directamente en la toma de decisiones de un país soberano como lo es el Ecuador, porque hizo señalamientos de cómo nuestro país debía proceder y además le impuso plazos dentro de los cuales los legisladores, debían adecuar la normativa interna. Si bien es cierto el Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados manifiesta que no se podrá alegar razones de derecho interno para no cumplir con un tratado internacional[9], no es menos cierto tampoco que ningún país se ve obligado a flexibilizar su soberanía interna en aras de cumplir con un tratado internacional, sin embargo la costumbre internacional ha otorgado una suerte de patente de corso para que esta situación se dé, tal como lo manifiesta Costas Douzinas al señalar que el derecho de intervención se impone por un principio de necesidad preventivo que permite actuar previo a la realización del hecho como tal, lo que hace que las políticas públicas y la normatividad nacional e internacional, respondan a formas de análisis costo-beneficio, por lo que bajo esta lógica preventiva se ha dado más margen de acción a los decisores para que mientras más catastrófica sea la amenaza más puedan intervenir[10].

8. "High-risk and non-cooperative jurisdictions" FATF PUBLIC STATEMENT - 19 October 2012.
9. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, artículo 27.
10. Costa Douzinas, *El fin de Derechos Humanos*, (Lima: Editorial Legis, 2006).

En este punto cabe analizar además si la legislación exigida por este organismo internacional es realmente una necesidad del Ecuador o es una simple respuesta a las obligaciones financieras internacionales, por lo que es importante revisar un poco nuestra historia para darnos cuenta que nuestro país tiene una tradición de paz donde incluso los breves momentos en donde aparecieron supuestos grupos insurgentes, no se verificaron reales actos de terrorismo como si ha ocurrido en países del medio oriente, Europa y Estados Unidos.

Dentro de este contexto al parecer la respuesta a la primera pregunta sería negativa, sin embargo debemos reconocer que las normas sobre terrorismo y sabotaje tal como se encontraban en la anterior norma penal eran sumamente abiertas y contenían disposiciones que permitían una interpretación extensiva que en ocasiones permitió su aplicación de manera abusiva, por lo que en términos generales era necesaria una reforma que corrija dichos errores de técnica legislativa y adecue a la realidad ecuatoriana, tomando en cuenta que el viejo Código Penal[11] tenía una fuerte influencia del Código italiano de 1930, argentino de 1922, belga de 1867 y –éste a su vez– del francés de 1810.

En esta perspectiva el Ecuador tramitó el proyecto de Código Orgánico Integral Penal y rápidamente se ha convirtió en el medio más idóneo para mostrarse ante la comunidad internacional como un país que apuntaba a la modernización de su sistema criminal, eliminando tipos incongruentes con el tiempo actual e incluyendo nuevos tipos penales, por necesidad política unos, por necesidad real otros y por obligaciones internacionales varios, como ocurre con los delitos que a lo largo de este documento hemos venido analizando.

Es así que la Asamblea Nacional se vio avocada a tomar en consideración los textos que sobre terrorismo y lavado de activos ha sugerido el GAFI en un supuesto cumplimiento de otros

11. Código Penal, Registro Oficial 147 de 22 de enero de 1971, (derogado).

convenios internacionales, a través de la Procuraduría General del Estado que hizo las veces de vocera de dicho organismo en pro de defender al Ecuador de una posible calificación de Estado riesgoso como efectivamente sucedió.

A pesar de dicha situación múltiples son los cuestionamiento de parte de la ciudadanía que han criticado estas mismas tipificaciones, señalando que las mismas podrían rebasar su objetivo y llegar a criminalizar la protesta social, la situación sin duda es complicada y más cuando a nivel internacional se califica al Estado en una suerte de bárbaro ubicado en los extramuros de la civilización como bien lo afirma Costas Douzinas, puesto que las consecuencias respecto de políticas internacionales, principalmente financieras, podrían ser nefastas para una economía pequeña y vulnerable como lo es la ecuatoriana[12].

El garantismo de la Constitución de 2008 de cierta manera se lo pretendía dejar claro al menos en el discurso del proyecto de Código Orgánico Integral Penal bajo el presupuesto de un sistema donde el derecho penal sea de ultima intervención, es decir, que la intervención punitiva solo se plantee cuando se trate de afecciones graves a bienes jurídicos o sobre intereses considerados básicos y elementales dentro del desarrollo social, aclarando que, cuando se habla de derecho penal mínimo, no se hace referencia solamente a una tendencia descriminalizadora, sino también criminalizadora.[13]

Se trata de averiguar cuáles son aquellos intereses más importantes de la sociedad y cuáles son las afectaciones más graves a esos intereses. El Derecho penal, lo primero que afecta es la libertad y la dignidad de las personas, ya sea a través de la pena de prisión o de las estigmatizaciones que significan varias de sus medidas. Por eso, el derecho penal va a ser, siempre mientras haya Estado, una necesidad. Eso hay que restringirlo al mínimo

12. Costa Douzinas, *El fin de Derechos Humanos*, (Lima: Editorial Legis, 2006)
13. Constitución de la República del Ecuador, artículo 195.

posible y dejar el resto de conflictos a soluciones políticas, económicas, sociales, culturales, entre otras, que también tienen el carácter de control, de un tipo informal, dentro de los sistemas sociales. Por eso es que el Derecho penal tiene que limitarse a regir en aquellos aspectos mínimos y básicos dentro del sistema.

Costas Douzinas al afirma que en muchas ocasiones y en base a las flexibilizaciones que la globalización ha impuesto para dar paso a al derecho de intervención, que en algunos casos ha sido de carácter militar; se han encontrado las excusas perfectas para dar paso a la vulneracion de ciertos derechos humanos bajo nuevos tipos de interpretaciones dadas por los mismos organismos internacionales, perdiendo de esta manera el fin que en un principio pretendían alcanzar:

> *"Los DDHH pierden su finalidad cuando dejan de ser el discurso y la práctica de la resistencia y la dominación y la opresión pública y privada, para convertirse en la herramienta privilegiada de la política exterior de las naciones poderosas y de la política interna de su clientela de dirigentes en las naciones menos poderosas"*[14]

Finalmente cabe señalar que el tema del terrorismo y su financiación[15] es solo un tema de ejemplo de hegemonización, ya que existen muchas otras normas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, que responden a otras de carácter internacional y cuya tipificación es necesaria considerando que el Ecuador es suscriptor de muchos de esos instrumentos internacionales, así podemos mencionar a la inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas en el marco de la Convención de Palermo, delitos que sancionan la violencia contra la mujer derivada de los preceptos de Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer aprobada en 1979 por la Asamblea General de Naciones Unidas, Convención Belém do Pará para prevenir, sancionar y erradicar la violencia

14. Costa Douzinas, *El fin de Derechos Humanos*, (Lima: Editorial Legis, 2006).
15. Código Orgánico Integral Penal, artículo 366.

contra la mujer, la Plataforma de Acción de Beinjing de 1995 entre otras; delitos de lesa humanidad previstos en el Estatuto de Roma o la Convención Internacional Sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid; el delito de trata de personas como lo dispone Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena o el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños; delitos contra el medio ambiente estipulados en la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre; y muchos otros delitos que por la extensión son imposibles de enumerarlos en este trabajo.

Bajo esta perspectiva es claro que la globalización y su fin de igualar a todos los integrantes de esta comunidad internacional también ha repercutido en el ámbito nacional y los ejemplos son claros en nuestra presente y futura legislación.

Como conclusión cabe señalar que es inaceptable que bajo el argumento de que las normas internacionales vinculan en obligaciones a todos los Estados partes, sea admisible que dichos organismos interfieran en la administración de dichos Estados, como ha ocurrido con el Grupo de Acción Financiera Internacional que ha llegado incluso a imponer plazos para que los legisladores de un Estado soberano como es el ecuatoriano adopten en la legislación la normativa que este mismo organismo impone.

Por otra parte cabe llamar la atención sobre la lista negra o lista de países no cooperantes establecida por el GAFI, como una medida de "sanción" por no acatar sus disposiciones, lo cual pone al Estado como un país delincuente bajo los términos de Costas Douzinas, asamblea de 14 de diciembre señala como avance y que se debería tomar en cuenta.

Por último es menester concluir diciendo que la hegemonización no puede dar paso a limitar derechos de los ciudadanos y que bajo los presupuestos de nuestra constitución no es posible que se dicte un código penal excesivamente punitivo.

BIBLIOGRAFÍA

Costa Douzinas, *El fin de Derechos Humanos*, (Lima: Editorial Legis, 2006).

Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180, 10 de febrero de 2014.

Constitución de la República del Ecuador.

"High-risk and non-cooperative jurisdictions" FATF PUBLIC STATEMENT - 19 October 2012.

Informe para segundo debate sobre el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, emitido por la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional del Ecuador, 4 de octubre de 2013.

Código Penal, Registro Oficial 147 de 22 de enero de 1971.

CÓDIGO DE ENTIDADES DE SEGURIDAD CIUDADANA
(Extracto demanda de inconstitucionalidad)

Luis Fernando Torres[1]

I. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS Y SU ALCANCE

1. Las disposiciones constitucionales infringidas por los artículos del Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, impugnados por inconstitucionalidad de fondo, se encuentran en los siguientes artículos 158 y 163 de la Constitución.

2. En mi intervención en el Pleno de la Asamblea Nacional (Luis Fernando Torres), durante el segundo debate del Código de Entidades de Seguridad Ciudadana, expresé lo siguiente sobre la inconstitucionalidad del "Servicio de Protección Pública":

> *"Servicio de protección pública, más bien debería llamarse servicio parapolicial, eventualmente, paramilitar, los artículos 158 y 163, uno de los cuales fue citado por el asambleísta Bustamante, no dan espacio alguno para que exista una fuerza armada distinta de la Policía Nacional, distinta de las Fuerzas Armadas, entre ellas la aviación, la marina y el ejército. Esta fuerza parapolicial, paramilitar, sería la quinta organización armada que se crea en el Ecuador, no por mandato Constitucional sino por mandato de una ley.*

1. Asambleísta y legitimado activo en la demanda de inconstitucionalidad al Código de Entidades de Seguridad Ciudadana

¿Se puede crear una organización con las características del servicio público de protección previsto en el artículo 172 del Código de las entidades de Seguridad al margen de lo que dice la Constitución? Algunos dicen que sí es posible, porque en algunos municipios del Ecuador existen policías metropolitanas, en otros policías municipales, pero no son comparables estas organizaciones municipales con el servicio de protección pública que está creándose en el Código de Seguridad Ciudadana, hay una gran diferencia, pero lo más grave es que la Constitución no da espacio alguno para que pueda existir una organización armada que se encargue de la seguridad interna, del mantenimiento del orden público y además de la protección de altos funcionarios distinta de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas, particularmente distinta de la Policía Nacional, entidad a la que en los artículos 158 y 163 de la Constitución se le encomienda privativamente velar por el orden público, por la seguridad de las personas, por el mantenimiento del orden interno y, por supuesto, también por la seguridad de los altos funcionarios del Estado. Es entonces esta organización armada completamente extraña a lo que nuestra Constitución establece, ajena y bien podría en un momento dado convertirse en rival y adversaria de las instituciones consagradas a nivel constitucional, si la Constitución hubiera dicho que mediante Ley se pueden crear otras instituciones, probablemente se hubiera podido crear este servicio de protección pública, pero la Constitución no abre ventana alguna para que se pueda mediante Ley Orgánica crear el servicio de protección pública, desde todo punto de vista es inconstitucional la creación del servicio de protección pública en el Código de Seguridad Ciudadana. Ahora bien, ¿Por qué se crea? ¿Cuál es el fundamento? ¿Cuál es la razón? Es que acaso la seguridad que ha venido brindando la Policía, que ha venido brindando las Fuerzas Armadas ha sido insuficiente, si fuera así se podría discutir, simplemente discutir la legitimidad de este servicio, pero resulta que la protección que ha venido dando la policía, que ha venido dando el ejército a las altas autoridades del poder político ecuatoriano, ha sido de lo que yo puedo entender tan buena, que ninguna autoridad se ha quejado, la Presidenta de nuestra Asamblea nunca ha hecho reparo alguno a la seguridad que le bridan, la Policía, las Fuerzas Armadas, tampoco las cabezas de otras funciones del Estado. ¿El Presidente del Consejo Nacional Electoral,

se ha quejado de que no tiene protección suficiente? Nunca, por el contrario, en las declaraciones que hizo después del 19 de febrero, después del 2 de abril, más bien ha reconocido el gran papel cumplido por la Policía, por el Ejército en las tareas encomendadas y entre ellas en la protección, los más altos jerarcas de la Función Judicial Ecuatoriana tampoco se han quejado, ni siquiera el Presidente de la República, últimamente, yo no le he escuchado quejarse de que no le protegen debidamente los policías o los militares. Si nadie se ha quejado, cuál es la justificación. Para crear este servicio de protección, servicio de protección que solamente estará orientado a proteger al Presidente de la República, al Vicepresidente, a los candidatos a la Presidencia y a la Vicepresidencia, a los máximos representantes de las funciones del Estado, entre ellos el Presidente de la Función Legislativa, y a personajes dice la Ley, de alto perfil, de alto riesgo. Es suficiente confiar en nuestra Policía, es suficiente confiar en nuestras Fuerzas Armadas, entidades profesionales, estructuradas, jerarquizadas, con elementos del más alto nivel de preparación, para cumplir estas arduas tareas y se crea en este Código el Servicio de Protección Pública que no se va a componer de dos, tres, cuatro o cinco miembros del Servicio Civil, armados, sino que podría ser en un momento dado un cuerpo que se integre por unos cuantos miles para convertirse, lamentablemente, en una fuerza parapolicial y paramilitar, parapolicial porque estará fuera de la policía, paramilitar porque estará fuera de las Fuerzas Armadas ecuatorianas, se está destruyendo con esta propuesta, la base institucional de la fuerza pública, prevista en nuestra Constitución. Algunos han dicho que será una fuerza, simplemente civil, sin armas, excepcionalmente tendrán armas cuando lo necesiten, sin embargo el artículo 200 del Código señala en el numeral 2 que portarán equipamiento de dotación, y el mismo artículo 200 en el numeral 17 dice que "podrán usar y manejar todo tipo de armamento", entonces no va a ser solamente la dotación de revolver o la pistola, pueden manejar todo tipo de armamento y en la clasificación de armamento, entran no solamente las pistolas o los revólveres, sino otro tipo de instrumentos, de ahí entonces el peligro de entregar a esta nueva fuerza armada, el control también del armamento y de los equipos de dotación. Créanme señores legisladores que, aprobar una estructura armada que no va a depender de ningún General de la Policía, de ningún General de las Fuerzas

Armadas, sino de un civil con orientación política, porque el civil que desempeñe la máxima función en el Ministerio de Seguridad, será indudablemente, aquel que es parte legítimamente de un determinado proyecto político, Dios no quiera que dependa esta fuerza armada de algún sanguinario que por suerte en la vida llega a ocupar esta función, no ha pasado en el País pero podría pasar, talvez no con ustedes, talvez con otros, porque nadie garantiza que ustedes se queden en el gobierno 4, 8 o 12 años, no hagan señores aquello que algún día entregará a cualquier sanguinario el poder tal de utilizar una estructura armada, dependiente solo de él, no de una verdadera institución, no para proteger a los altos mandos sino como dice el propio artículo 272 de la Ley, para disuadir cuando sea necesario, para aplicar la coerción cuando igualmente sea necesario, disuasión y coerción con un grupo armado, paramilitar parapolicial, esto no lo merece el Ecuador." (Sesión 452 de 10 de mayo de 2017)

3. En el Pleno de la Asamblea, en el debate de la objeción presidencial al Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, reiteré (Luis Fernando Torres), en los siguientes términos, la inconstitucionalidad del "Servicio de Protección Pública", que no fue materia del veto presidencial, por lo que, independientemente de la votación, iba a entrar en vigor con la publicación del Código en el Registro Oficial:

"Con las recientes declaraciones del Presidente Lenin Moreno el servicio de Seguridad Civil prácticamente nace obsoleto, va a ser un servicio finalmente inútil ya que el Presidente de la República ha dicho que él confiará en la Policía y en las Fuerzas Armadas, pero hay que hacer una precisión, no solamente será innecesario por lo que ha dicho el Presidente, también será inconstitucional como dije el 5 de mayo de este año cuando se debatió este proyecto, es que los artículos 158 y 163 de la Constitución no dan margen alguno para que pueda crearse ese servicio público de protección, el artículo 163 confía a la Policía Nacional el mantenimiento de la seguridad y el artículo 158 solamente reconoce la existencia de las Fuerzas Armadas y de la Policía, por fuera de estas instituciones no puede haber ninguna otra que manipule armas, no puede haber

ninguna otra que de seguridad a altos funcionarios al margen de las funciones que deben cumplir la Policía y las Fuerzas Armadas, por lo tanto, no solamente resulta innecesario, no solamente nace obsoleto, después de lo que ha dicho el Presidente Lenin Moreno, sino que ese servicio público de protección también es inconstitucional. Y por ello bien ha dicho el asambleísta Henry Cucalón que se apoyarán las iniciativas para demandar la inconstitucionalidad e inmediatamente después de que entre en vigencia habrá que borrar este capítulo que no ha sido materia del Veto de la Ley o Código de las Entidades de Seguridad Ciudadana. Señor Presidente le ruego que por secretaría se certifique con cuántos votos se aprobó el Código de Entidades de Seguridad Ciudadana el 5 de mayo de 2017. (Secretaría certifica) "71 votos luego de una larga sesión porque dentro del oficialismo hubo señores legisladores, división, cerca de 25 miembros de la bancada oficialista no votaron ese día por el proyecto, gracias a dos votos que consiguieron se pudo aprobar, el debate fue intenso, fue difícil y se lo aprobó con modificaciones de última hora que llevaron a que se cometan gravísimos errores que en el veto del Presidente de la República, fácilmente sale a la luz; errores que resultan incomprensibles cuando se discute y aprueba una ley de esa envergadura. ¿Qué dice el Presidente en el Veto al artículo 161 numeral 2? Que se incluyó una frase repetida. Uno podría decir es un error de forma, es que escribieron dos veces la misma frase de estas pruebas que deben rendir los que están postulando para estos concursos en materia de seguridad. No es un simple error, porque una ley no puede aprobarse con ese tipo de defectos, demuestra falta de concentración, demuestra que la Ley se está aprobando al apuro. Y luego en la otra objeción del Presidente a la Disposición Reformatoria Novena dice que la Asamblea Nacional menciona una ley equivocada, menciona la Ley de Fortalecimiento de los Regímenes de Seguridad Social de la Policía y de las Fuerzas Armadas, cuando debió haberse mencionado, única y exclusivamente, a la Ley de la Seguridad Social de la Policía. Muchos pueden decir a no, es que es un error cosmético que pasa por alto, ¡Señores en esta Asamblea no pueden cometerse ese tipo de errores! ¿Cómo se va a citar en una norma reformatoria de esta envergadura, una Ley equivocada? Y que el Presidente de la República deba aclarar cuál es en definitiva la norma aplicable, pero lo más grave es que el Presidente de la República en el veto,

también incurre en un error, él habla de la disposición Cuarta, cuando debe hablar de la Disposición Vigésimo Cuarta, doble error, por la Asamblea cuando aprobó sin acuciosidad y, por parte del Presidente cuando cita una norma que no es materia del error; por doble vía pasa una vergüenza la Asamblea y pasa una vergüenza también quien objeta la norma. Luego viene, señores legisladores, la otra objeción, la séptima a la Disposición Derogatoria Tercera, el Presidente ¿qué dice en la objeción en las fechas de las leyes que van a ser derogadas, de los decretos y de los acuerdos? Pensemos lo que esto significa, se derogan normas con fechas distintas lo que significa que técnicamente no habría derogatoria. Esto normalmente no ha ocurrido en esta Asamblea o en la Asamblea que concluyó sus funciones, pero sucedió en el Código de Entidades de Seguridad Ciudadana, por la forma cómo se lo aprobó, hubo tantos problemas, un debate tan largo y a última hora se incorporaron derogatorias que llevaron a este tipo de equivocaciones. Pero el Presidente de la República al objetar estas derogatorias nos lleva por un mundo equivocado en el ámbito jurídico. Quienes conocen de derecho, saben que una ley deroga a otra, pero una ley no deroga reglamentos, una ley no deroga acuerdos ministeriales, una ley no deroga decretos, y en esta parte final el Presidente está, derogando leyes(la Ley de la Policía), está derogando la Ley de personal de la policía, está derogando un Acuerdo Ministerial, está derogando un decreto ejecutivo y también derogando un reglamento, que falta de técnica señores, al derogar las normas, porque esto acuerdos, estos decretos y estos reglamentos cuando se derogan las leyes quedan sin vigencia, está la falta de técnica y al allanarse inclusive a esta objeción, cualquiera que conozca de estos temas se sonreirá porque dirá ni siquiera han aprendido lo más elemental en materia de derogatoria de normas. De las siete objeciones, en tres hay estos errores que no son cosméticos, que no son de forma, que demuestran falta de conocimiento, falta de acuciosidad, cuidado en esta Asamblea, se comienza también a utilizar los lugares comunes y a no precisar el contenido de la Ley porque las consecuencias de estas equivocaciones son gravísimas, el momento en que se deroga mal, la norma de una ley, cómo se la va a aplicar a la hora por ejemplo de pagar la cesantía, a la hora de calcular cuánto deben percibir los miembros de las policía y de las fuerzas armadas que se retiran. Yo hago un llamado entonces para que lo que ha ocurrido con el

Código de Entidades de Seguridad Ciudadana sea una lección para que en las leyes que apruebe esta Asamblea, no se cometan este tipo de errores, que no son errores de forma, que no son en definitiva errores cosméticos. Señores legisladores por lo demás, el veto no resuelve los problemas que tiene el Código, lamentablemente no se vetó a este cuerpo de seguridad, inconstitucional e innecesario, tampoco mejora la situación de la Policía, de las Fuerzas Armadas, de sus miembros y tampoco apagan las angustias de aquellos ciudadanos que acosados por la delincuencia en el campo y en las ciudades, difícilmente pueden defender sus propiedad y cuidar de su integridad, lo mejor entonces sería, ya que no se va a votar objeción por objeción, como sería lo técnico, oponerse a un veto que no resuelve ningún problema que demanda nuestra comunidad." (Sesión 459 de 13 de junio de 2017)

5. El Libro Tercero del Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Publico es inconstitucional porque viola el contenido, sentido y alcance de los artículos 158 y 163 de la Constitución. Solamente existen dos instituciones, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, que pueden asumir, por sí mismas, las competencias de seguridad integral y, seguridad ciudadana, y, en el caso de las Fuerzas Armadas, en forma complementaria. Por mandato constitucional, el ejercicio de esas competencias es parte de su "misión fundamental". El "Servicio de Protección Pública" usurpa esas competencias, aun cuando únicamente sea para proteger a ciertas altas autoridades. Ello no ocurre con los policías municipales o las empresas de seguridad privada, por lo que no tiene sentido comparar a estos cuerpos municipales y de seguridad con el "Servicio de Protección Pública", que se estructura, en el Libro Tercero, como una fuerza paramilitar y parapolicial, con autonomía y jerarquía, bajo el mando único de un ministro, sin relación alguna de carácter jerárquico con las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

6. La Corte Constitucional se pronunció sobre el rol de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, en materia de seguridad ciudadana, cuando emitió el Dictamen para el trámite de las Enmiendas Constitucionales (Dictamen No 001-14-DRC-CC, publicado en el R.O. 371 (3s) de 10-11-2014) y el Auto de Verificación de cumplimiento del dictamen (Auto Verificación, Registro Oficial 651 (s) de 17 de diciembre de 2015)

7. En el Dictamen No. 001-14-DRC-CC la Corte Constitucional, al citar lo que se dijo en la Mesa Constituyente No 3, destacó, en los siguientes términos, que, fuera de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, no existía la posibilidad para que alguna otra entidad asuma las tareas relacionadas con la seguridad integral pública y, en especial, con la protección pública: *"Sobre la base de una interpretación genealógica, en el informe de mayoría de la Mesa Constituyente No. 3, Acta 072 se determinó:*

> *(…) "uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar a sus habitantes el derecho a la paz y la seguridad integral, por tanto la nueva concepción de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional debe definirse en función de ese objetivo (…) De ahí el cambio del concepto de fuerza pública al de protección pública sea el primer paso fundamental. (…) Por ello se establece claramente que junto con la Policía Nacional cumple su misión bajo la sujeción del poder civil democráticamente constituido y la Constitución Política del Estado. (Mesa Constituyente No. 3, acta 072, informe de mayoría)*

8. La Corte Constitucional, al dictaminar sobre la enmienda al artículo 158 de la Constitución, sostuvo que sólo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional tienen a su cargo la seguridad integral, uno de cuyos componentes es la protección pública –como se observó en la cita de lo señalado en la Mesa Constituyente No. 3–. Para que las Fuerzas Armadas pudieran asumir un rol complementario al de la Policía Nacional, fue necesaria una enmienda constitucio-

nal. En tal virtud, es contradictorio con lo señalado en el Dictamen de una enmienda o reforma constitucional de la Corte Constitucional que se cree un servicio público de protección armado, sobre la base de una ley, para que asuma una función esencial del Estado, esto es, la de garantizar la seguridad integral, en la faceta de protección a altos funcionarios. La Corte Constitucional señaló en su Dictamen lo siguiente:

" el constituyente instituyó que tanto las Fuerzas Armadas como la Policía Nacional son instituciones de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos, de acuerdo al artículo 158 de la Constitución de la República, por lo que uno de los principales aspectos a tomar en consideración es que la misión constitucional de dichas instituciones es justamente la protección de los derechos de los ciudadanos con estricta sujeción a la Constitución, tal como lo dispone el artículo 159 de la Constitución. Para el efecto, dichas entidades hoy cumplen, respectivamente, pero de manera diferenciada, con las atribuciones de defensa de la soberanía y la integridad territorial en el caso de las Fuerzas Armadas, y la protección interna y el mantenimiento del orden público en el caso de la Policía Nacional. (…) a priori la Policía Nacional es la institución llamada a brindar protección interna y el mantenimiento del orden público en el país (…) la propuesta de modificación constitucional, sin menoscabar las competencias constitucionales que tiene la Policía Nacional, intenta viabilizar de manera efectiva que otra institución del Estado –Fuerzas Armadas– de manera complementaria, coadyuve a mantener una seguridad integral dentro del territorio ecuatoriano " (Dictamen No. 001-14-DRC-CC)

9. La Corte Constitucional en el Auto de Verificación con relación al Dictamen No. 001-14-DRC-CC emitido dentro de la causa No. 001-14-RC, publicado en el RO No. 651(S) de jueves 17 de diciembre de 2015, concluyó que la Asamblea, al aprobar la enmienda al artículo 158 de la Constitución, no se alejó del Dictamen, según el cual la seguridad integral es tarea exclusiva de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. En efecto, la Corte Constitucional dijo:

"De la revisión del dictamen No. 00114DRCCC, en relación al artículo 158 segundo inciso de la Constitución que trata del apoyo de las Fuerzas Armadas a la Policía Nacional de conformidad con la ley," (…) "La Corte Constitucional indicó que la propuesta de enmienda busca incorporar dentro de la Constitución de la República un rol complementario a las Fuerzas Armadas como es la seguridad integral de los ciudadanos" (…) "la Asamblea Nacional cumplió integralmente lo dispuesto por el Pleno de la Corte Constitucional en el dictamen No. 00114DRCCC, relacionado con el artículo 158 de la Constitución, en atención a lo dispuesto en el artículo 441 numeral 2 de la misma Norma Suprema."

10. De lo señalado por la Corte Constitucional es claro que no puede existir un "Servicio de Protección Pública", con la naturaleza y las características determinadas en el Libro Tercero del Código de Entidades de Seguridad Ciudadana, fuera de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, para asumir funciones en materia de seguridad integral.

11. En definitiva, las normas del Libro Tercero del Código de Entidades de Seguridad Ciudadana, violan el contenido, alcance y sentido de los artículos 158 y 163 de la Constitución, dado que el "Servicio de Protección Pública" asumió competencias, en materia de seguridad integral, reservadas exclusivamente a la Policía Nacional y a las Fuerzas Armadas.

legislación

I

NUEVA CONTRIBUCIÓN POR MEJORAS

LA LEY ORGÁNICA PARA LA EFICIENCIA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Antecedentes. La Ley Orgánica para la Eficiencia de la Contratación Pública, con la cual se reformó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se publicó en el R.O. 966 S2 de 20 de marzo de 2017. La polémica alrededor de la Ley nació por el nuevo tributo creado, bajo el nombre de contribución por mejoras, para beneficiar a las entidades de la administración central, además de las reformas al precio de las expropiaciones, derogatoria de los procedimientos de expropiación del CPC, límites a los contratos complementarios, ejecución de contratos, responsabilidades de los consultores, obligaciones de información de las empresas que contratan con el sector público. En los cantones sólo existía la contribución por mejoras en beneficio de los municipios.

2. *Precio de inmuebles expropiados.* Se establece que el precio que se convenga, entre la entidad pública y el particular afectado, luego de la declaratoria de utilidad pública e interés social del inmueble, no podrá superar el 10% del valor del avalúo registrado en el catastro municipal antes del anuncio de la obra o proyecto y de la declaratoria de utilidad pública. De no haber acuerdo, la entidad expropiante emitirá el acto administrativo de expropiación tomando como precio el avalúo catastral, menos la plusvalía proveniente de obras públicas, aunque considerando obras efectuadas por el propietario cuando hubieren sido debidamente autorizadas. El afectado puede impugnar el precio ante los jueces de lo contencioso administrativo. Al juez

se le condiciona que fije el precio definitivo con base en el avalúo predial menos la plusvalía proveniente de obras públicas. Se reconoce el pago de indemnizaciones por ocupación temporal si dentro del inmueble expropiado existen instalaciones económicas.

3. Reversión. Se le da un plazo de 2 años a la entidad expropiante para que destine el bien a los fines expresados en la declaratoria de utilidad pública. De lo contrario, el propietario pedirá la reversión. También puede hacerlo si no se le ha cancelado el valor del bien dentro del año siguiente a la notificación de la declaratoria.

4. Hecho generador de la contribución. La contribución se genera por la revalorización del respectivo predio debido a la realización de una obra pública por las entidades que conforman la Administración Pública Central e Institucional (Art. 14, Disp. Gral. 9). Los sujetos pasivos son los propietarios de los predios incluidos por el Municipio en la zona de beneficio o influencia de la obra pública. La revalorización de los predios, por parte de los municipios, se hará con la metodología que emita el órgano rector del catastro nacional georreferenciado. Si el municipio no atiende el pedido en un mes, ese órgano nacional determinará la zona de influencia de la obra, así como la revalorización de los inmuebles.

5. Cobro y cuantía de la contribución. La entidad nacional que ejecute la obra, no el municipio, emitirá el acto administrativo estableciendo los predios beneficiados, los sujetos obligados, el monto de la contribución y el plazo en deberá ser cancelada. La base del pago de la contribución será el costo de la obra, prorrateado entre las propiedades beneficiadas, y no podrá exceder del 50% de la revalorización experimentada por el inmueble. Se podrá disminuir la cuantía o exonerar el pago en consideración a la situación social y económica de los sujetos pasivos. Se la pagará hasta en un plazo de 10 años, en cuotas anuales, salvo que

se transfiera el dominio del bien, a cualquier título. Si la entidad que ejecuta la obra carece de jurisdicción coactiva, el SRI procederá al cobro.

UNIVERSIDADES PRIVADAS CONTROLADAS

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN

1. Antecedentes. En el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, publicado en el R.O. 899 S de 9 de diciembre de 2016, se reformó la Ley Orgánica de Educación Superior para regular el funcionamiento económico interno de las universidades privadas, con prohibiciones excesivas e inconstitucionales.

2. Partes relacionadas y sanciones desproporcionadas. (Art. 39) La relación que surja entre partes relacionadas es objeto de sanciones de diversa naturaleza, entre ellas, a la universidad, multa económica de hasta 10% de los ingresos anuales de la universidad, pérdida de las exoneraciones y beneficios tributarios hasta por 5 años, disminución o no incremento de aranceles hasta por 5 años, y a los directivos y relacionados, multa de hasta el 10% del monto de los contratos, destitución, inhabilitación hasta por 10 años para ejercer cargos públicos o estar vinculado a una universidad. Se consideran partes relacionadas: promotores, rectores, directivos, miembros del órgano colegiado superior; sus cónyuges y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; las personas jurídicas en las que tengan alguna representación o cargo directivo; las personas jurídicas en las que tengan, las personas relacionadas, al menos el 25% del capital social.

3. Prohibición de lucro. (Art. 161) Además de prohibirles a las universidades privadas que celebren contratos y actos con partes relacionadas, se ratifica la prohibición constitucional de lucro, con limitaciones en materia de endeudamiento, destino de excedentes financieros y transacciones con entidades ubicadas en paraísos fiscales.

4. Plazo para desvinculaciones. Un año de plazo, contado desde la publicación de la reformas en el R.O., tienen las universidades particulares y sus autoridades para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 39 y 161 de las reformas a la LOES.

5. Universidades privadas con financiamiento estatal. Poco después de las reformas indicadas entró en vigencia la Ley para la Extinción de las Universidades suspendidas por el CEAACES, publicada en el R.O. 913 S2 de 30 de diciembre de 2016. Esta Ley no modificó lo de las reformas a la LOES y más introdujo más reformas a la LOES para controlar a las universidades privadas que reciben aportes estatales como la PUCE de Quito, con el pretexto del uso de las asignaciones estatales.

SISTEMATIZACIÓN DE NORMAS QUE REGULAN LA RELACIÓN ENTRE ADMINISTRADOS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL

CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO

1. Antecedentes. El Código Orgánico Administrativo (COA) se publicó en el R.O. 31 S2 de 7 de julio de 2017. Sistematiza, en solo cuerpo legal, las normas que regulan las relaciones entre los administrados y la administración pública central, con lo cual queda en el pasado la etapa en la que había diferentes cuerpos normativos por cada entidad pública. Aporta a la construcción de la seguridad jurídica. En todo caso no deroga expresamente al Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva ni a las normas sobre procedimientos administrativos establecidas en el COOTAD, aunque en las disposiciones derogatorias primera y novena deroga, en forma general, todas las disposiciones relativas a procedimientos y las que se opongan. A pesar de algunas regresiones de derechos (responsabilidad extracontractual del Estado), el COA incorpora avances del derecho administrativo comparado.

2. Ámbito. Sin excepciones, el Art. 2 dispone que el COA regule el "ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público", que se encuentran señalados en el Art 225 de la Constitución. Detalladamente se señala el ámbito material de aplicación del COA (Art. 42) que va desde los procedimientos administrativos hasta la ejecución coactiva. En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación se generaliza a los órganos y entidades del sector público, con la sola salvedad para

las empresas públicas en cuanto a las normas especiales que las rigen (Art. 43). Por ello, inclusive los GADs no están excluidos de observar el COA. A fin de preparar a la administración para las nuevas exigencias se establece la vacatio legis de 12 meses (Disp. Final)

3. Principios. Extensa es la lista de los principios que debe observar la administración. En general, se destacan los derechos de los administrados. El de proporcionalidad (Art. 16) cuestiona las cargas o gravámenes "desmedidos". El de juridicidad aclara que la potestad discrecional se utilizará conforme a derecho (Art. 14). El de interdicción de la arbitrariedad les prohíbe a los funcionarios públicos hacer interpretaciones arbitrarias (Art. 18). El de confianza legítima y seguridad jurídica advierte que las actuaciones administrativas deben someterse a los criterios de certeza y previsibilidad, respetándose las expectativas administrativas que razonablemente haya generado la propia administración (Art. 22). Con los de tipicidad e irretroactividad (Arts 29 y 30) queda claro que las infracciones deben estar tipificadas en la ley (no en resoluciones ni reglamentos), que no cabe la interpretación analógica y extensiva y que las sanciones sólo tienen efecto retroactivo cuando favorecen al infractor.

4. Derechos y deberes de las personas. Se le califica de derecho fundamental al derecho a la buena administración pública, aunque no se desarrolla, con alguna precisión, lo que debe entenderse por buena administración (Art. 31). El derecho al debido procedimiento administrativo (Art. 33) es el resultado del potente desarrollo del derecho constitucional al debido proceso. Entre los deberes está el de abstenerse de conductas abusivas del derecho que aparece cuando la conducta del administrado, fundada en un derecho, causa daño a terceros o al interés general (Art. 40).

5. Personalidad jurídica estatal. Si bien al Estado se le reconoce personalidad jurídica única en sus relaciones internacionales,

también se les reconoce personalidad jurídica en sus actos, contratos y demás relaciones sujetas al derecho interno a la administración pública central, las empresas públicas y otras creada por la Constitución y la ley (Art. 46). Se precisa la representación administrativa y judicial, se llega a establecer los lineamientos generales para el funcionamiento de los cuerpos colegiados y se regula el ejercicio de las competencias con una clara mención a la figura de la delegación dentro de la administración.

6. Delegación al sector privado. Se ratifica la idea que sólo por excepción se puede delegar al sector privado la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de servicios públicos (Art. 74). La delegación de otras actividades económicas no está sujeta a la excepcionalidad. Se aclara que la "gestión delegada por autorización administrativa es siempre precaria y en ningún caso generará derechos exclusivos para el gestor", aunque la delegación se formalice en un contrato (Art. 76).

7. Actuaciones administrativas. En el Art. 89 se describen las siguientes actuaciones: acto administrativo (Art. 98), acto de simple administración (Art. 120), contrato administrativo (Art. 125), hecho administrativo (Art. 127) y acto normativo de carácter administrativo (Art. 128). Se le da gran importancia al gobierno electrónico, incluidos los sistemas de archivo digital y electrónico (Art. 95).

8. Acto administrativo. El COA regula con algún detalle varios temas relacionados con los actos administrativos: retroactividad cuando beneficia al administrado (Art. 102), extinción (Art. 103), nulidad (Art. 104), convalidación (Art. 110), revocatoria y lesividad (Art. 115). Contenido una terminado el procedimiento administrativo (Art. 205).

9. Actos normativos generales. Se prohíbe a las administraciones públicas con competencia normativa que regulen materias re-

servadas a la ley, establezcan requisitos adicionales a los de la ley para el ejercicio de derechos (Art. 131). Ojalá sirvan estas prohibiciones para que se racionalice la hiperinflación normativa administrativa.

10. Procedimiento administrativo. La regla general es que las reglas del COA se apliquen a los procedimientos administrativos, a los procedimientos especiales y a los de provisión de bienes y servicios, salvo en lo que afecte esta provisión (Art. 134). Define claramente al expediente administrativo y al expediente electrónico (Arts. 145 y 146). Se precisa lo que se entiende por persona interesada en cuanto a que sea titular de derechos, acredite intereses legítimos individuales y colectivos e invoque derechos subjetivos (Art. 149), así como lo que significa tercero interesado (Art. 151). La representación está desarrollada en detalle (Art. 152). Los términos y plazos se precisan debidamente (Art. 158). La notificación es una obligación ineludible de la administración para la eficacia del acto (Art. 164). La etapa probatoria se ajusta a las reglas del debido proceso (Art. 196). El procedimiento termina por acto administrativo, silencio, desistimiento, abandono, caducidad, terminación convencional e imposibilidad de continuar (Art. 201). En el plazo de un mes, desde que termina la etapa probatoria, se debe dictar el acto administrativo (Art. 203). El abandono se da cuando han transcurrido dos meses sin impulso (Art. 212).

11. Actuaciones previas y medidas provisionales. El procedimiento administrativo podrá estar precedido de actuaciones previas para conocer las circunstancias del caso, sin que pueda sobrepasar los 6 meses, so pena de que caduque el ejercicio de la potestad sancionadora o determinadora (Arts. 175 y 179). Las medidas cautelares señaladas en el Art. 180 solamente las puede ordenar un juzgador de contravenciones, cuando no se ha iniciado el proceso. El órgano administrativo puede ordenar medidas provisionales de protección, que deberán ser, en un máximo de 10 días, confirmadas, modificadas o levantadas en

la decisión de iniciación del proceso (Art. 181). Una vez iniciado el procedimiento, el funcionario puede ordenar las medidas cautelares descritas en el Art. 189.

12. Silencio administrativo positivo. Si en el término de 30 días no hay respuesta a un reclamo o pedido, surge el acto administrativo presunto que tendrá la calidad de título de ejecución en la vía judicial (Art. 207).

13. Impugnación. Son impugnables en la vía administrativa los actos administrativos, pero no los actos de simple administración (Art. 217). Se desarrollan las nociones de actos que causan estado y actos firmes (Art. 218). Desaparece el recurso de reposición y sólo quedan el de apelación y el de revisión (Art. 219). La ejecución del acto administrativo impugnado puede ser suspendida cuando sea posible que cause perjuicios de imposible o difícil reparación o que pueda ser nulo de pleno derecho (Art. 229). Terminadas las impugnaciones, para la ejecución forzosa se prevé, inclusive, la multa compulsoria (Art. 240).

14. Potestad sancionatoria. El ejercicio de la potestad sancionatoria prescribe al año para infracciones leves, a los tres años para las graves y a los cinco años para las muy graves (Art. 245). Las sanciones prescriben en el mismo plazo de caducidad de la potestad sancionatoria (Art. 246). Al inicio del procedimiento se pueden adoptar medidas cautelares (Art. 251). La carga de la prueba corresponde a la administración pública y el órgano instructor impulsará el procedimiento (Arts. 256 y 257).

15. Ejecución coactiva. Es uno de los mayores avances del COA, con el que se evitará la arbitrariedad de los jueces de coactivas. El título de crédito con el que se ejerce el procedimiento coactivo se respalda en títulos ejecutivos, catastros, cartas de pago, asientos y registros contables y cualquier instrumento público que pruebe la existencia de la obligación (Art. 262). Se precisa que el derecho de crédito de la administración también se origina en

el acto administrativo cuya eficacia no se encuentre suspendida (Art. 266). Sin orden de cobro no puede el empleado recaudador iniciar el procedimiento coactivo (Art. 262). No cabe impugnación en vía administrativa del acto administrativo que se origina a partir del requerimiento al deudor para el pago voluntario (Art. 263). Cuando la obligación está representada en un título de crédito, el deudor puede reclamar administrativamente en contra de los requisitos del título o el derecho de la administración para su emisión (Art. 269). Se define lo que se entiende por obligación exigible (Art. 267). Se establecen dos fases dentro del procedimiento coactivo: a) preliminar (Art. 271), en la que procede el órgano ejecutor a realizar lo que le corresponde en virtud de la orden de cobro notificada por el órgano competente, pudiendo la orden de cobro efectuarse en el mismo acto administrativo en el que se declara la obligación; en esta fase se dan facilidades de pago al deudor; b) fase de apremio (Art. 279), en la que se emite la orden de pago inmediato para que el deudor pague o dimita bienes, una vez que ha vencido el plazo para el pago voluntario, pasándose al embrago (Art. 282) y al remate (Art. 295), con la venta directa de bienes (Art. 319) y las tercerías coadyuvantes y excluyentes (Art. 323 y 324). El deudor solamente puede oponerse a la ejecución coactiva mediante la interposición de la demanda de excepciones ante los jueces de lo contencioso administrativo (Arts. 327 y 328), sin que la demanda suspenda el proceso.

16. Responsabilidad extracontractual del Estado. Si bien en el Art. 15 se reproduce la noción de responsabilidad objetiva consagrada en el Art. 11 de la Constitución, en los Arts. 330 y 331 se introduce el concepto de daño debidamente calificado (Art. 334) y del nexo causal entre éste y la acción u omisión de la administración pública (Art. 333), que desfiguran la nitidez de la responsabilidad objetiva. El daño calificado se deriva específica e inmediatamente de la acción u omisión de las administraciones públicas, se dice el Art. 334. La prueba de la diligencia exigible en el caso de acciones u omisiones lícitas, en actividades que no

son anormalmente peligrosas, le corresponde a la administración, así como la prueba de las eximentes, mientras el particular afectado debe probar el daño y el nexo causal (Art. 338). Con estas innovaciones conceptuales se le blinda a la administración pública en perjuicio de los ciudadanos. Los eximentes de responsabilidad están adecuadamente señalados (Art. 337). El particular afectado no necesita agotar el reclamo administrativo para acudir a los jueces (Art. 341). Si opta por la vía administrativa tiene el término de 90 días para reclamar (Art. 340). La acción de repetición se sustanciará según el trámite ordinario del COGEP (Art. 344).

17. Aplicación supletoria, reorganización administrativa y reformas legales. En asuntos tributarios y de propiedad intelectual el COA se aplicará supletoriamente (Disp. Finales 3ra y 4ta). En las disposiciones transitorias se establecen normas de obligatorio cumplimiento por parte de las administraciones públicas para modificar los sistemas administrativos. Se reforman varios cuerpos legales, como el COGEP, entre otras cosas, para regular la aplicación del silencio administrativo positivo; la Ley de la Contraloría sobre su capacidad coactiva; la Ley de Empresas Públicas, igualmente, acerca de sus competencias coactivas; el COFJ sobre medidas cautelares y la situación de los depositarios.

18. Derogatorias. En forma general se derogan todas las "disposiciones" que se han venido aplicando a los procedimientos administrativos, sancionadores y de coactiva y las que se opongan al COA, así como la Ley de Modernización de 1993 y algunas normas de ciertos cuerpos legales (COMF, COOTAD).

SERVICIO DE PROTECCIÓN PÚBLICA

CÓDIGO SEGURIDAD CIUDADANA

1. Antecedentes. El Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público (COESC)se publicó en el R.O. 19 S de 21 de junio de 2017. El Libro Tercero, con el que se crea el Servicio de Protección Pública, es materia de serias disputas a nivel constitucional. El COES, en definitiva, establece los parámetros para el funcionamiento de los sistemas de personal, disciplinarios y la carrera profesional dentro de la Policía Nacional, el Servicio de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el Servicio de Protección Pública, el Servicio de Aduanas, el Servicio Penitenciario, la Comisión de Tránsito, las policías municipales, los agentes de tránsito y los bomberos. En general, el esquema del COES es claro y contribuirá a una mejor organización interna de cada institución. El problema radica en la naturaleza y misión del Servicio de Protección Pública.

2. Policía Nacional. Se desarrollan las funciones señaladas en la Constitución para la Policía, dejando en claro que su máxima autoridad es el Presidente de la República y la rectoría la ejerce el ministerio respectivo (Arts. 59, 62 y 63). Se establece claramente el tiempo que se debe permanecer para un ascenso, el régimen disciplinario, la estructura de mandos y jerarquía. Se derogan expresamente la Ley Orgánica de la Policía y la Ley de Personal de la Policía.

3. Servicio de Protección Pública. En el considerando noveno del Código está la justificación para que se cree este servicio. Se dice que se busca liberar recursos de la Policía y contar con un cuerpo especializado de protección a altas autoridades y las

sedes en las que se encuentran. En el Art. 2, numeral 2, se le considera entre las entidades que integran el objeto del Código. Entre los arts. 179 y 217 se desarrolla su naturaleza, sus funciones, su organización, la estructura de sus mandos, el régimen disciplinario.

4. Inconstitucionalidad del Servicio. La principal objeción radica en el hecho que el COES le atribuye al Servicio de Protección Pública competencias privativas de la Policía para el mantenimiento de la seguridad ciudadana y le organiza con total independencia institucional, a tal punto que cuenta con su propio mando, distinto del policial y militar, y su propia jerarquía. Vagamente se habla de la coordinación entre el Servicio, la Policía y las Fuerzas Armadas. El Libro Tercero del COESC desborda el alcance de los arts. 158 y 163 de la Constitución, en virtud de los cuales la seguridad interna y el mantenimiento del orden público son responsabilidades privativas de la Policía y la seguridad ciudadana está entre su misión esencial. Con el pretexto de proteger a altos funcionarios (jefes de las funciones del Estado), candidatos presidenciales y otros funcionarios expuestos, no se puede crear una entidad que, al final, compita con la Policía, más aún cuando el Servicio de Protección Pública estará integrado por personal armado con equipos de dotación.

PARAÍSOS FISCALES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS

LEY ORGÁNICA PARA LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA POPULAR EFECTUADA EL 19 DE FEBRERO DE 2017

1. Antecedentes. La Ley Orgánica para la aplicación de la Consulta Popular efectuada el 19 de febrero de 2017 (Ley Paraísos Fiscales) se publicó en el R.O. (S) No. 75 de 8 de septiembre de 2017. El objetivo de esta Ley es el de establecer que, para el desempeño de una dignidad de elección popular o para ser servidor público, no se podrá tener bienes o capitales, de cualquier naturaleza, en territorios considerados paraísos fiscales, y, siendo el caso, dejar de tenerlos dentro del plazo máximo de un año contado a partir de la fecha de promulgación de los resultados de la consulta popular. Esta Ley es el producto de la consulta popular efectuada el 19 de febrero de 2017, en la que el Ecuador se pronunció de manera favorable, según se desprende de los resultados promulgados el 6 de marzo de 2017, por lo que la Asamblea Nacional ha cumplido con el deber legal de viabilizar el pronunciamiento del soberano.

2. Ámbito. El artículo 1 dispone que esta Ley se aplicará a las personas que: 1) Ostenten una dignidad de elección popular; 2) Sean consideradas como servidoras o servidores públicos; 3) Sean candidatas o se encuentren postulando para un cargo público de elección popular; y, 4) Aspiren ingresar al servicio público. Sin embargo, el artículo 2 ibídem establece las siguientes excepciones a: 1) Funcionarios del servicio exterior cuya misión se desarrolle en un país o jurisdicción considerado como paraíso

fiscal 2) Quienes deseen postularse a un cargo de elección popular y/o funcionarios públicos, que sean estudiantes o becarios, en países o jurisdicciones consideradas como paraísos fiscales y, 3) A los candidatos a asambleístas en representación de las circunscripciones del exterior, y cuya residencia corresponda a un país o jurisdicción considerado como paraíso fiscal.

3. Excepción. No se aplicarán sanciones a los servidores públicos que tengan inversiones en seguros de salud y jubilación otorgados por empresas que pudieran tener capitales en paraísos fiscales.

4. Listado de Paraísos Fiscales. Se faculta al SRI a determinar un listado específico de jurisdicciones y regímenes que ser án considerados como paraísos fiscales (Art. 3). De la misma forma el SRI estará facultado para incorporar paraísos fiscales al listado, en cuyo caso para la aplicación de la presente Ley a las personas del artículo 1, se les concederá el plazo de un año para dar cumplimiento con las respectivas disposiciones (Art. 6). Será la Contraloría General del Estado (CGE) la encargada de vigilar el cumplimiento y solicitar a cualquier entidad pública o privada del sector financiero nacional, información con respecto a transferencias, movimientos u operaciones de las personas obligadas a declarar (Art. 5).

4. Inhabilidades y sanciones. En caso de no cumplir con lo que manda esta ley, a los postulantes se les inhabilitará para ser candidatos o ejercer cargo público (Art. 7). Quienes incumplan con esta Ley serán sancionados con la destitución o pérdida del cargo (Art. 8). El procedimiento que deberá seguir la CGE es el siguiente: a) Se ordenará el inicio del examen especial correspondiente, para determinar la existencia de la infracción y la responsabilidad del servidor público examinado; b) En el término de tres 3 se notificará el inicio del examen especial al servidor público; c) En el término de 60 días, el servidor público presentará las pruebas de descargo; d) En el término de 5 días la CGE

dictaminará el archivo del proceso o la destitución del cargo del servidor público; y, e) En el término de 3 días la CGE notificará al servidor público y a la autoridad nominadora, la resolución. Cuando se trate de servidores públicos de elección popular, servidores públicos sujetos a control político, Jueces de la Corte Constitucional y Jueces de la Corte Nacional de Justicia, la CGE remitirá el expediente con la destitución a la Corte Constitucional (CC) para que en el término de 10 días se pronuncie sobre el cumplimiento del debido proceso. En su resolución la Corte Constitucional confirmará o rechazará la resolución. (Art.9).

6. Procedimiento sancionatorio para Presidente y Asambleístas. Una vez que se tiene el pronunciamiento de la CC, hay dos caminos: 1) Cuando se trate de servidores públicos de elección popular pertenecientes a cuerpos colegiados diferente a la Asamblea Nacional, la resolución de la Corte Constitucional se remitirá a dicho cuerpo colegiado para que ejecute la resolución en el término de 10 días, y; 2) Cuando se trate del Presidente de la República, Vicepresidente de la República y Asambleístas, la resolución ratificatoria de la Corte Constitucional servirá para que el pleno de la Asamblea Nacional adopte la decisión que corresponda conforme la ley.

CONTRIBUCIÓN ESPECIAL POR MEJORAS

LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA VIAL DEL TRANSPORTE TERRESTRE

1. Antecedentes. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Infraestructura Vial del Transporte Terrestre (LOSNIVTT) se publicó en el R.O. (S) No. 998 de 5 de mayo de 2017. El objeto de esta Ley es establecer el régimen jurídico para el diseño, planificación, ejecución, construcción, mantenimiento, regulación y control de la infraestructura del transporte terrestre y sus servicios complementarios, la rectoría está a cargo del Ministerio encargado de la competencia de vialidad, sin perjuicio de las competencias de los GADs (Art. 1). Esta Ley es obligatoria para las entidades del sector público y las personas naturales y jurídicas del sector privado cuya actividad de servicio público se encuentre relacionada con la infraestructura del transporte terrestre y sus servicios complementarios.

2. Planificación de la Vialidad y proyectos. La LOSNIVTT indica que será el ministerio rector, el encargado de aprobar el plan sectorial de infraestructura vial, además los GADs que hayan asumido esta competencia, su planificación vial deberá constar en sus instrumentos de ordenamiento territorial, que deberá contener la red vial existente y la proyectada, para que en los terrenos que se vayan a afectar por el futuro trazado vial no se pueda construir o sembrar cultivos de largo ciclo, salvo con autorización expresa, por lo que cualquier incumplimiento no será indemnizado en caso de que se lleve a cabo la expropiación.

Además, resalta que todo se manejará con proyectos integrales, los mismos que deberán incluir los estudios de impacto ambiental, social y de seguridad vial de acuerdo con la normativa aplicable para el efecto emitida por la autoridad competente (arts. 12 y 13).

3. Contribución especial por mejoras. El Sistema de Infraestructura Vial le corresponderá dirigir al ministerio que adquiera la competencia vial y, entre otras cosas, le corresponderá "establecer y recaudar la Contribución Especial de Mejoras por la inversión realizada, a cuyos propietarios de los bienes inmuebles que se benefician por el desarrollo y mejoramiento de la infraestructura vial estatal, acorde a la normativa dictada para el efecto.", además de fijar, cobrar o autorizar el cobro de tasas y tarifas viales, para el financiamiento, uso y mantenimiento integral de la infraestructura de la red vial estatal, de sus componentes funcionales y las áreas de servicios auxiliares y complementarios; para tal efecto, se establecerán las bases generales de regulación de tarifas aplicables, competencias que se hacen extensivas a los GADs en sus respectivas circunscripciones territoriales. (Arts. 15 y 17)

4. Conservación. El deber de conservación de la vía, lo tienen el Gobierno Central y los GADs, garantizando un buen estado permanente de la vía, de modo que si se llegare a producir algún daño, sea reparado inmediatamente. Por lo que además considera la Ley un capítulo para las infracciones que afecten la estructura vial, pudiendo ser leves, graves o muy graves, teniendo como sanción únicamente, lo pecuniario. Esto en el ámbito administrativo, ya que se podrá ejercer la repetición contra el infractor de lo gastado solucionando el daño causado.

5. Sistema de información vial. En el plazo de 180 días contados a partir de la fecha de publicación de la presente Ley en el Registro Oficial, el ministerio rector deberá implementar un sistema de información vial que incluya a toda la red vial nacional

en coordinación con los gobiernos autónomos descentralizados, en el que se incluirá a las vías de carácter estratégico, lo que permitirá que sea integral y con mayor seguridad y mantenimiento en beneficio de los ciudadanos. Con esta ley se deroga la Ley de caminos, pero en lo que no existan contradicciones, el reglamento a la ley de caminos se mantendrá vigente.

IMPUESTO A LA PLUSVALÍA INMOBILIARIA

LA LEY ORGÁNICA PARA EVITAR LA ESPECULACIÓN SOBRE EL VALOR DE LAS TIERRAS Y FIJACIÓN DE TRIBUTOS

1. Antecedentes, beneficio inmediato a las mineras e impacto en el sector de la construcción. La Ley Orgánica para Evitar la Especulación sobre el Valor de las Tierras y Fijación de Tributos, con la cual se creó el llamado impuesto a la plusvalía inmobiliaria, se publicó en el R.O. 913 7S de 30 de diciembre de 2016. Sin embargo, no se limitó a regular lo relacionado con "la especulación sobre el valor de las tierras" sino que también otorgó beneficios tributarios a las empresas mineras con contratos de explotación. En efecto, en la primera disposición reformatoria que reformó el Art. 165 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria amplió el tiempo para el pago de las utilidades extraordinarias de las mineras desde un mes hasta cuarenta y ocho meses después del mes. Este beneficio fue inmediato, por lo que, en el fondo, este y no otro estuvo entre las verdaderas motivaciones de la Ley. Aunque, en el ámbito inmobiliario, su impacto no era inmediato, pues, gravaba con el nuevo impuesto a partir de la segunda venta, el sector de la construcción, afectado por la recesión, fue golpeado con la caída de la demanda por las expectativas negativas generadas por el cuerpo legal.

2. Hecho generador del impuesto sobre el valor especulativo del suelo, la segunda transferencia y los terrenos baldíos. Se reforma el Art. 561 del COOTAD para gravar la transferencia de inmuebles rurales o urbanos que, a cualquier título, den lugar a

una ganancia extraordinaria. Se excluyen las transferencias por sucesión por causa de muerte, donaciones, rifas, sorteos, remates o ventas judiciales, adjudicaciones de bienes de los gananciales de la sociedad conyugal, reparto de haber de sociedades de comercio. Están exentas las transferencias del Estado, las daciones en pago por deudas, las que realicen inmobiliarias y constructoras en proyectos de vivienda de interés social. En el caso de aportes a sociedades únicamente se gravan los realizados a fideicomisos o sociedades que tengan como fin último la promoción inmobiliaria la construcción de inmuebles para su comercialización. En la primera disposición transitoria se precisa que el nuevo impuesto gravará desde la segunda transferencia. Se establece que el impuesto a la plusvalía, establecido en el COOTAD desde su aprobación y antes en la Ley de Régimen Municipal, "gravará hasta la primera transferencia de los bienes que hayan sido adquiridos con anterioridad a la promulgación de la ley" o hasta el 2021 en el caso de terrenos baldíos (terreno urbano o de expansión urbano con edificación menor al 10% de la superficie). Se excluye de este beneficio transitorio hasta el 2021 los terrenos baldíos aportados a fideicomisos o sociedades inmobiliarias y de la construcción. Hasta la segunda transferencia los inmuebles rurales no pagan ninguno de los dos impuestos a la plusvalía y a la ganancia extraordinaria.

3. Ganancia ordinaria (valor de adquisición y factor de ajuste). Es aquella que resulta de multiplicar al valor de adquisición del bien inmueble (valor de la escritura pública más el valor de las mejoras y más los pagos de contribuciones especiales de mejoras) por el factor de ajuste de ganancia ordinaria (promedio anual de la tasa de interés pasiva referencia y los meses transcurridos entre la fecha de adquisición y la de transferencia dividido para doce). A las inmobiliarias y constructoras se les permite incorporar en el valor de adquisición los costos y gastos incurridos en la construcción objeto de la transferencia, siempre que puedan considerarse gastos deducibles del impuesto a la renta.

4. Ganancia extraordinaria, base imponible y tarifa de 75%. La ganancia extraordinaria, sobre la que se paga el impuesto del 75%, a partir de los 24 SBU, corresponde a la diferencia entre el valor de transferencia del inmueble (el que consta en la escritura) y el de adquisición ajustado (el que resulta de la suma del valor de adquisición más la ganancia ordinaria). La declaración y el pago del impuesto se realiza antes del otorgamiento de la escritura, en beneficio de los municipios, considerados los sujetos activos del impuesto. En el caso que los municipios no hubieren ejercido su facultad determinadora el SRI la ejercerá subsidiariamente.

5. Minusvalía. Los municipios están obligados a reconocer hasta el 50% del valor de la afectación a un inmueble por alguna obra pública mediante notas de crédito. En el caso de obras públicas del Gobierno central también existe la obligación de reconocer la afectación. Sin embargo, no existe un mecanismo claro para pagar al afectado. No se menciona la minusvalía ocasionada por declaratorias de patrimonio cultural e histórico.

6. Actualización catastral. Los municipios son obligados a actualizar los avalúos, entre el 70% y el 100% del valor del avalúo comercial, cuando lo solicitare una entidad financiera para un crédito o para la venta con hipoteca. La mayor responsabilidad no sólo administrativa sino civil la asumen las autoridades competentes municipales lo que dejen de recaudar por impuesto predial por falta de actualización de los avalúos catastrales o por cualquier otro perjuicio que ocasionare a los ciudadanos dicha omisión. Se convierte en causal de destitución la tecnificación de los catastros.

jurisprudencia

I

CIVIL

DERECHO A LA IDENTIDAD Y LEGITIMIDAD PROCESAL

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 0140-16-SEP-CC, en el caso No. 1407-14-EP, de 30 de marzo de 2016, publicada en el R.O. (2S) No. 782 de 23 de junio de 2016, la Corte Constitucional (CC) aceptó la Acción Extraordinaria de Protección(AEP) propuesta por Augusto Segura, en calidad de Procurador Judicial de Kethy Rivera Núñez en contra del auto dictado el 28 de julio de 2014, por la Jueza Novena de lo Civil de Pichincha, dentro del juicio ordinario de nulidad de partida de matrimonio No. 17309-2014-0095. Se aceptó la AEP por haberse vulnerado los derechos constitucionales a la seguridad jurídica y a la identidad establecidos en los artículos 82 y 66 numeral 28 de la Constitución, respectivamente.

2. Dos inscripciones de matrimonio. El accionante era Procurador Judicial de Kethy Rivera Núñez, quien es hija legítima del matrimonio del señor Augusto Benigno Rivera Flores y de la señora Soledad Berlineza Nuñez de la Cueva. El señor Augusto Rivera falleció el 19 de julio de 2013, por lo que su hija acudió al Registro Civil de Pichincha para obtener la inscripción de defunción, pero encontró que en dicho documento, constaba el nombre de "Lidia Vidimar Moyana Moyana", en lugar del de su madre como viuda del fallecido. Por considerarlo un error procedió a realizar un reclamo ante el mismo Registro Civil; la institución "determinó que existen dos inscripciones de matrimonio, una con la señora Soledad Berlineza Nuñez de la Cueva y otra con la señora Lidia Vidimar Moyana Moyana, sin que exista ningún tipo de marginación o subinscripción que de-

clare disuelto el vínculo matrimonial" de los padres de Kethy, por lo que el segundo matrimonio sería nulo. Presentó una demanda de nulidad de la segunda partida de matrimonio en juicio ordinario, de conformidad con lo que establecía el extinto Código de Procedimiento Civil (CPC) en su artículo 59 y el Código Civil en el artículo 95numeral 3. El proceso lo conoció la Jueza Novena de lo Civil de Pichincha, quien calificó la demanda de "clara y precisa" y, luego de haberse evacuado las pruebas y concluido el proceso, declara nulidad de todo lo actuado por ilegitimidad de personería, por cuanto la actora Kethy Nuñez, compareció en representación de su madre con poder general, sin Procuración Judicial como lo mandaba el art. 40 del CPC. Núñez solicitó la revocatoria de dicha providencia ya que tal situación se podía y se subsanó, según lo previsto en los artículos 359 al 362 ibídem, pero la jueza negó el pedido de revocatoria sin analizar los argumentos. Presentó apelación de la referida negativa, la cual mediante auto de 21 de julio de 2014, fue negada por improcedente. Posterior a ello presentó el recurso de hecho, que finalmente también fue negado el 28 de julio de 2014 y es motivo de esta AEP.

3. Vulneraciones denunciadas del auto impugnado. El accionante indicó que la Jueza Novena, en su auto de 28 de julio de 2014 realiza una errónea interpretación de las normas jurídicas contenidas en el Código Civil y en el extinto CPC, a la par que se inadmitieron los recursos con "criterios equivocados", vulnerando así sus derechos al verse impedido de enmendar los errores que existen en los datos de inscripción de defunción del padre de su representada, puesto que consta el nombre de otra persona como cónyuge sobreviviente y no el de la madre de su representada.

4. Alcance de pronunciamiento de la CC. La CC advirtió que en virtud del principio *iura novit curia* "se encuentra plenamente facultada para pronunciarse sobre autos anteriores que no fueron expresamente demandados, como en el presente caso, a los

autos anteriores al del 28 de julio de 2014", pues este principio permite que el Juez fundamente su fallo en disposiciones constitucionales aunque las partes no las invoquen, en consideración al carácter de informalidad de las garantías jurisdiccionales (art. 86 de la Constitución).

5. Legitimación de personería y seguridad jurídica. La Jueza Novena de lo Civil de Pichincha declaró la nulidad del proceso por cuanto existía ilegitimidad de personería, pues la accionante era médico y había comparecido en juicio con poder general otorgado por su madre, sin embargo, cuando la señorita Kethy Núñez solicitó la revocatoria, había subsanado la ilegitimidad, otorgando procuración judicial a un profesional del derecho de conformidad con los artículos 359, 360 y 361 del CPC que establecían que se puede legitimar la personería en cualquier instancia, aun cuando el juez o jueza hayan declarado la nulidad del mismo. Por ello al declarar la nulidad y no aceptar los recursos planteados sin justificación alguna, desconociendo la legitimación de la personería, con la Procuración Judicial que se adjuntó al proceso el 8 de julio de 2014, se vulneró el derecho a la seguridad jurídica al desconocer normas previas, claras y públicas, en el auto de 8 de julio de 2014 que niega la revocatoria. Además señaló la CC que al haber subsanado la personería activa, las actuaciones probatorias eran válidas.

6. Derecho a la Identidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 24 de febrero de 2010, en el caso Gelman vs. Uruguay12, respecto del derecho a la identidad, determinó que: "... puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad, y en tal sentido comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso (...)" En el caso concreto, en la Ley del Registro Civil el art. 21 señalaba que el mismo Registro Civil debía declarar la nulidad de inscripciones repetidas. Sin embargo ni el Registro Civil, ni la Jueza Novena de lo Civil

de Pichincha resolvieron el asunto de fondo y se basaron el formalidades para limitar de manera no razonable el ejercicio del derecho a la identidad personal de la madre de la accionante, con impedimentos excesivos y requisitos inexistentes, vulneraron el derecho señalado.

7. Decisión. La CC declaró la vulneración de los derechos constitucionales a la seguridad jurídica y a la identidad, aceptó la AEP y como reparación integral, dispuso: 1) Dejar sin efecto los autos de 28 de julio (recurso de hecho), de 9 de junio de 2014, así como todos los autos posteriores dictados por la jueza novena de lo Civil de Pichincha, estos son del 19 de junio de 2014, 8 de julio de 2014 y 21 de julio de 2014. 2) Retrotraer el proceso hasta el momento en que se produjo la vulneración de los derechos constitucionales (antes del auto de 9 de junio de 2014). 3) Disponer que otro Juez de lo Civil conozca la causa, cumpliendo la *ratio decidendi* de la CC. Y, 4) Que se investigue la actuación de la Jueza Novena de lo Civil de Pichincha por parte del Consejo de la Judicatura.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

PERSONAS JURÍDICAS, HÁBEAS DATA Y AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 001-14-PJO-CC, en el caso No. 0067-11-JD, de 23 de abril de 2014, publicada en el R.O. (S) No. 281 de 3 de julio de 2014 y en la Gaceta Constitucional No. 007 de 3 de julio de 2014, el Pleno de la Corte Constitucional (CC) expidió sentencia de Precedente Jurisprudencial Obligatorio sobre la garantía jurisdiccional de Hábeas Data, luego de que la Sala de Selección de la Corte Constitucional, para el período de transición, el 13 de diciembre de 2011 a las 12h40, mediante auto de selección, y de conformidad con los parámetros de selección previstos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), procedió a seleccionar el caso N.º 0067-11-JD (referente a la sentencia de apelación de la acción de habeas data N.º 570-2011, emitida por la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay). Con esta sentencia se resuelven importantes temas jurídicos como la legitimidad del ejercicio de la acción propuesta por una persona jurídica y la autodeterminación de la información.

2. Autodeterminación informativa. La CC analizó derechos conexos a los que se entiende tutela el hábeas data, en razón del principio de interdependencia, así explicó la importancia del derecho de protección de datos personales, por su contenido complejo, recogido en el art. 66.19 de la Constitución. Uno de los elementos de este derecho es la autodeterminación informativa, que para la CC "comporta el derecho de toda persona a ejercer control sobre la información personal que le concierne, frente a

cualquier ente público o privado. Este derecho fue utilizado por primera vez por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en la sentencia sobre la Ley del Censo del 15 de diciembre de 1983, con la que se faculta a las personas a decidir y consentir de forma informada y libre el uso de sus datos personales por terceros, ante el tratamiento automatizado de los mismos", el fin de esto es "… mantener el control de los datos que existan sobre una persona o sobre sus bienes, y para proteger el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar"

3. Información personal de persona jurídica y habeas data. La CC señaló que las personas jurídicas tienen el derecho a reclamar por medio del hábeas data actos tendientes a la protección de "… datos personales e informes (…) sobre sí misma, o sobre sus bienes…", y que este derecho se extiende solamente a sus socios, representantes legales y personas relacionadas, en tanto la posición que ocupan y la relación jurídica establecida respecto de la persona jurídica, y estrictamente respecto de ellas. No puede, entonces, una persona jurídica reclamar como suyo el derecho a la protección de datos e información personal de quienes están relacionados con ella, pues ese derecho solo corresponde a la persona a quien le es atinente. Mediante la sentencia N.º 068-10-SEP-CC, la CC, para el período de transición, señaló: "En torno a esta apreciación realizada por la parte recurrida (que las personas jurídicas no son titulares de los derechos constitucionales), esta Corte reitera que pese a que las personas jurídicas no sean titulares de todos los derechos constitucionales fundamentales, sí lo son de aquellos que les correspondan, según su naturaleza social y siempre en atención a la definición constitucional de los derechos de los que se trate". En virtud de ese criterio la CC, concluyó que las personas jurídicas si pueden ser titulares de la acción de hábeas data.

4. Legitimación activa de personas jurídicas. Explicó la CC que en el caso de las garantías jurisdiccionales, la legitimación activa

es abierta, sin embargo, en el caso del hábeas data, por existir derechos en conflicto –acceso a la información v autodeterminación del a información- que pueden verse afectados, debe existir un acto de voluntad expreso que permita al legitimado activo comparecer a nombre del titular de los derechos constitucionales, el derecho a la intimidad y otros que dependen de la confidencialidad de la información personal estarían desprotegidos contra el uso malicioso de la acción, por esto artículo 92 reduce la legitimación activa a "… [t]oda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto…", concordantemente, el art. 51 de la LOGJCC. En ese sentido la CC estableció las siguientes reglas jurisprudenciales: a) La legitimación activa para la presentación de la acción de hábeas data requerirá que quien lo haga sea el titular del derecho a la protección de datos personales que se alegue vulnerada, o su representante legitimado para el efecto. b) Para acreditar la representación de las personas jurídicas, será suficiente la entrega del documento que la Ley que regule la materia determine como suficiente para considerar iniciadas sus funciones como representante.

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

6. Efectos de la sentencia. La CC determinó que "la sentencia tendrá efectos generales hacia el futuro, respecto de todos los casos en donde se interpongan acciones de garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales y se verifiquen los supues-

tos de esta sentencia, sin perjuicio de que se aplique también este precedente jurisprudencial a casos en los que ya se hallen en trámite dichas garantías."

PENAL

RESERVA Y PRUEBAS EN LA INDAGACIÓN

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 0107-16-SEP-CC, en el caso No. 828-11-EP, de 6 de abril de 2016, publicada en el R.O. (2S) No. 782 de 23 de junio de 2016, la Corte Constitucional (CC) aceptó la Acción Extraordinaria de Protección(AEP) propuesta por Marlene Rodríguez en contra de la sentencia dictada el 26 de abril de 2011, por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia dentro del juicio penal por estupro (acción penal privada) N.° 0658- 2010, seguido por la accionante en contra del señor Rodrigo Acosta.

2. Origen de la AEP. La Sra. Marlene Rodríguez presentó una acusación particular por el delito de estupro en contra del señor Rodrigo Acosta. Avocó conocimiento de dicha acción el Juez Primero de Garantías Penales y Tránsito de Napo, quien en sentencia de 17 de mayo de 2010, desechó la acusación particular, por cuanto no se había comprobado ni existencia del delito ni responsabilidad el procesado. Apeló para ante los jueces de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia del Napo, quienes en sentencia de 7 de julio de 2010, negaron el recurso. De esta decisión, interpuso recurso de casación ante los jueces de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. En sentencia de 26 de abril de 2011, los jueces de casación declararon improcedente el recurso interpuesto, siendo esta última resolución motivo de la AEP.

3. Sentencia impugnada. "VISTOS (...) QUINTO: RESOLUCIÓN.- (…) 2. Por disposición del inciso segundo del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal a esta Sala le está vedado

hacer una nueva valoración de la prueba conforme lo solicita la casacionista; 3. Del análisis de la sentencia impugnada, esta Sala no ha podido establecer la existencia de la violación de la ley en los presupuestos del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal; 4. Sin embargo de lo expuesto, y al ser evidente que el Doctor Ángel Dávila Albán, Juez Primero de Garantías Penales y de Tránsito de Napo cometió una grave irregularidad procesal al haberle limitado el derecho a la defensa a la acusadora particular con el ilegal e improcedente argumento de que la indagación previa era un documento reservado para la víctima, lo que produjo que tampoco pudieran declarar los testigos de cargo, dejando en la impunidad el delito acusado, esta Sala dispone que se oficie al Consejo Nacional de la Judicatura para que analice la conducta de este funcionario judicial conforme lo dispone el Art. 124 del Código Orgánico de la Función Judicial. Por las consideraciones antes anotadas, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NONMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por la querellante (…)"

4. Pretensión de la accionante. La accionante consideró que se le vulneró el derecho al debido proceso por habérsele limitado el derecho a la defensa y motivación. Esta violación de derechos inició con el juez a quo, Juez Primero de Garantías Penales y de Tránsito del Napo quien con el ilegal e improcedente argumento de que la indagación previa era un documento reservado para la víctima, produjo que tampoco pudieran declarar los testigos de cargo, dejando en la impunidad el delito acusado, y continuó cuando los jueces casacionistas no motivaron adecuadamente su fallo.

5. Derecho a la defensa. La CC indicó que este derecho recogido en la Constitución en el art. 76.7.h, prevé una serie de garantías para hacerlo efectivo, es así que en el caso concreto "las autoridades jurisdiccionales correspondientes observaron y garanti-

zaron los principios constitucionales de inmediación, oralidad, contradicción y debida defensa; en tanto, conforme lo establecido, las partes procesales solicitaron la práctica de las pruebas que consideraron pertinentes para soportar sus alegaciones esgrimidas en el proceso" y se practicaron dichas pruebas, a excepción de algunas por análisis de normas infraconstitucionales, además de que las partes pudieron activar correctamente su derecho a recurrir. Con lo explicado, la CC concluyó que no ha existido vulneración del derecho a la defensa.

6. Motivación de la resolución. Para el análisis la CC recurrió al test de motivación. Respecto a la razonabilidad, concluyó que existen las normas y fuentes del derecho en las que los jueces de la Corte Nacional fundamentaron su decisión, por lo cual se cumple este parámetro. Respecto de la lógica, la CC indica que la Sala, para efectos de enviar a investigar al juez a quo, revisó las actuaciones procesales del mismo, concretamente, la interpretación legal realizada por el juez a quo en atención a un pedido de prueba de la parte actora. Seguidamente afirmaron que no estaban facultados para realizar una evaluación probatoria, pero concluyeron que tuvo lugar "la impunidad del delito acusado", razonamiento que evidentemente implica una valoración, por estas razones la CC estableció la existencia de afirmaciones disímiles y contradictorias en la sentencia con lo cual no se observó el requisito de la lógica en su resolución. Concordantemente con ello, la comprensibilidad como último parámetro del test, se ve vulnerada, al existir contradicciones en las ideas expuestas, lo que no permite que se entienda el fallo.

7. Decisión. La CC declaró la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de la motivación. Aceptó la AEP. Ordenó como reparación integral: a) Dejar sin efecto la sentencia del 26 de abril de 2011, dictada por los jueces de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia dentro del juicio penal (acción penal privada) N.° 0658-2010, iniciado por la accionante en contra del señor Rodrigo Acosta. b) Disponer que otro Tribunal

de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia conozca y resuelva el recurso de casación formulado en aplicación integral de esta decisión constitucional, considerando la decisum o resolución así como los argumentos.

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

LEGALIDAD *vs.* CONSTITUCIONALIDAD EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Antecedentes. En la Sentencia No. 006-17-SEP-CC, dentro del Caso No. 1445-13-EP, la CC, el 11 de enero de 2017, al resolver la AEP deducida por la Autoridad Portuaria de Esmeraldas (APE) no sólo que dejó en claro que, en contratación pública, se pueden vulnerar los derechos constitucionales de los contratistas, para quienes, en estos, casos, las vías judiciales ordinarias son ineficaces e inadecuadas, sino que afirmó que es inconstitucional que se prohíba, mediante ley, a los contratistas la presentación de garantías constitucionales. La CC confirmó la sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas que, a su vez, revocó la sentencia del juez constitucional de instancia, con la que se había declarado improcedente la acción de protección deducida por el contratista en contra de la liquidación del contrato. El contratista no cuestionó, en la vía constitucional, la declaratoria de terminación unilateral sino en la vía contencioso administrativa. La CC, al ratificar la sentencia de la Corte Provincial, dejó insubsistente y sin valor el acto administrativo de APE sobre la valoración física, contable y financiera, adoptado después de la declaratoria de terminación unilateral, por haberse vulnerado el derecho al debido proceso del contratista, ya que no se contó con él, físicamente, para tal valoración.

2. Debido proceso y seguridad jurídica. Una de las garantías del derecho al debido proceso está en el Art. 76:1 de la Constitución que obliga a las autoridades judiciales y administrativas a "garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes". Esta garantía "guarda íntima relación con el derecho a la

seguridad jurídica" del Art. 82 de la Constitución, ampliamente desarrollado por la CC como la condición mínima de predictibilidad de las normas sustantivas y procesales (Sentencia No. 010-14-SEP-CC). La protección judicial de la seguridad jurídica puede realizarse "tanto en sede constitucional como ordinaria, dependiendo de la fuente del derecho que se vea vulnerada" (Sentencia No. 016-13-SEP-CC)."El control de la aplicación e interpretación de normas infraconstitucionales no es parte de la esfera del control por medio de la AEP", concluyó la CC (Sentencias No. 126-14-SEP-CC, No. 020-13-SEP-CC). También indicó que no es posible, dentro de la AEP, "analizar la aplicación o interpretación de los arts. 94 y 95 de la LOSNCP, como pretende la accionante (APE)". En materia de AEP el ámbito de cobertura de la seguridad jurídica alcanza al control de aplicación jurídica de normas constitucionales.

3. Derechos constitucionales, vía judicial adecuada y eficaz y carga de la prueba. "La carga de demostración sobre la adecuación y eficacia de los procedimientos ordinarios no recae sobre el accionante sino sobre el juzgador, al momento en que determina si la violación efectivamente se verificó o no en el caso puesto en su conocimiento". "La acción de protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales ordinarias", ni puede servir para "invadir las atribuciones que atañen al control de legalidad" (Sentencia No. 140-12-SEP-CC). "La vía contencioso-administrativa no es ni puede ser considerada como una vía adecuada para reparar violaciones a los derechos constitucionales, así como la acción de protección no lo es para controlar la legalidad de los actos administrativos", dijo la CC. "La distinción en el objeto de la acción de protección y los procesos de impugnación en sede contencioso-administrativa no está en el acto impugnado sino en la consecuencia del mismo" (Sentencia No. 041-13-SEP-CC). "La acción de protección es la garantía constitucional adecuada para resolver sobre la existencia de violaciones a derechos constitucionales". "Un mismo acto u omisión puede generar al mismo

tiempo la vulneración de un derecho subjetivo o facultad legal y el desconocimiento de un derecho constitucional". "Para la procedencia de la acción de protección debe verificarse que los aspectos materia de dicha acción sobrepasen las características típicas del nivel de legalidad y, por consiguiente, necesitan ser tutelados en la esfera constitucional, para cuyo efecto la acción de protección es la garantía jurisdiccional idónea".

4. Dos actos administrativos y la vía judicial. Existen dos actos administrativos que enfrentan a APE y al contratista: la declaratoria de terminación unilateral y el de la liquidación del contrato dictado con posterioridad. "Por el hecho de haber impugnado el primer acto por la vía contencioso administrativa, aquello no condiciona u obliga al propio accionante a que deba impugnar actos disímiles y ulteriores por la misma vía judicial, ni tampoco deja sin sustento que la vía judicial ordinaria es inadecuada o ineficaz al momento de presentar una acción de protección". La activación de esta acción no está supeditada "a que el accionante no haya hecho uso de las vías ordinarias para impugnar actos anteriores, aun cuando estos provengan de una misma autoridad pública o de un mismo proceso administrativo". El accionante no discute la terminación anticipada del contrato sino los efectos que ha generado un acto administrativo posterior concediéndole un plazo para que pague las garantías de fiel cumplimiento y anticipo. Se violó el derecho del contratista al debido proceso ya que la liquidación no se realizó con su presencia, impidiéndole que se defendiera. El problema que se plantea en la acción de protección es de índole constitucional.

5. Inconstitucionalidad de norma legal. Dentro de la AEP la CC declaró de oficio la inconstitucionalidad del séptimo inciso del Art. 102 de la LOSNCP que decía que "los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales", que fue incorporado, mediante ley, el 14 de octubre de 2013. Lo hizo, dentro de sus competencias en los procesos de inconstitucionalidad por conexidad, para no volver al viejo esquema de la

residualidad según el cual era necesario agotar las vías ordinarias para entablar acciones constitucionales, y, además, para que un accionante no sea privado de ser juzgado por su juez competente cuando están, de por medio, derechos constitucionales. La CC también consideró que la norma legal restringía el acceso a la justicia. Por lo demás, la CC precisó que tal limitación legal no estaba vigente cuando el contratista presentó la acción de protección (marzo 2013).

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

EFICACIA DE CONTRATO COLECTIVO

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 002-16-SEP-CC, en el caso No. 2209-11-EP, de 6 de enero de 2017, publicada en el R.O. (S) No. 712 de 15 de marzo de 2016, la Corte Constitucional (CC) aceptó la Acción Extraordinaria de Protección(AEP) propuesta por Julio Vega Vaca en contra de la sentencia expedida el 15 de noviembre de 2011 a las 08h00, dictada por los jueces de la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en la que se resolvió rechazar el recurso de casación planteado por las partes procesales dentro de un proceso laboral. Se aceptó la AEP por haberse vulnerado los derechos constitucionales a la seguridad jurídica y al debido proceso en la garantía de la motivación.

2. Origen de AEP. Julio Vega Vaca, ex trabajador de la compañía de economía mixta de agua potable, alcantarillado y aseo de Máchala, TRIPLEORO C.E.M (TRIPLEORO) demandó el pago de las indemnizaciones por supuesto despido intempestivo por parte de la empresa, la demanda fue aceptada en primera instancia por el Juez Segundo ocasional de Trabajo de El Oro, el 7 de mayo del 2008, ordenando el pago por concepto de indemnizaciones laborales y jubilación. La entidad demandada apeló y la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Materias Residuales, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, en la sentencia del 6 de febrero del 2009, confirmó el fallo del primer nivel. El actor presentó recurso de casación, el mismo que fue conocido por los jueces de la Primera Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, quienes no casaron la sentencia mediante resolución de 15 de noviembre del 2011.

3. Argumentos del accionante. Indicó que trabajó por más de 25 años para la empresa Municipal de Agua Potable del Municipio de Machala y, que el 6 de enero del 2004, el Concejo Cantonal de Machala, mediante ordenanza municipal disuelve la referida empresa, dando origen a una nueva de economía mixta, TRIPLEORO, en la que el Municipio de Machala tiene el 30% de acciones y el otro 70% la empresa TRIPLEORO. Señaló que los artículos 7, 8, 9 y 10 de dicha ordenanza, disponen que la empresa sucesora garantice los derechos y la estabilidad laboral de los trabajadores que suscribieron el tercer contrato colectivo de trabajo el 7 de septiembre del 2002, vigente durante todo el tiempo de la relación laboral, que de acuerdo con el artículo 1561 del Código Civil y los artículos 40 y 246 del Código del Trabajo el contrato es ley para las partes. Señaló que desde la sentencia del juez a quo, de 7 de mayo de 2008, se vulneraron normas legales y constitucionales como el debido proceso, derechos y garantías laborales. Indicó que TRIPLEORO presentó una acción de inconstitucionalidad de los artículos 7, 8, 9 y 10 de la referida ordenanza, aduciendo ilegitimidad de dicho contrato. El Tribunal Constitucional mediante la Resolución No. 0034 del 16 de mayo de 2005, desechó dicha demanda, indicando que los derechos de los trabajadores establecidos en dicho contrato colectivo son irrenunciables e intangibles, dando plena validez y eficacia jurídica al tercer contrato colectivo de trabajo. Finalmente indicó que se ha inobservado la jurisprudencia constitucional dictada por la Corte Constitucional, en un caso similar.

4. Contrato colectivo. El recurso de casación no resolvió respecto a la legitimidad o no del tercer contrato colectivo, pese a haber resuelto en otro caso similar el recurso de casación, que por disposición de la Corte Constitucional, declara plena validez del tercer contrato colectivo, vulnerando de esa forma la jurisprudencia constitucional, el debido proceso, el derecho a la justicia, el derecho a la defensa, la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva, en contravención de los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República.

5. CNJ frente a sentencias de la CC. La sentencia impugnada fue emitida luego de las sentencias de la CC de transición, en relación a las demandas extraordinarias de protección presentadas, tanto por la empresa TRIPLEORO C.E.M. y varias personas actoras del juicio laboral, en contra de las sentencias dictadas por los jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia (Sentencias 044-10-SEP-CC, 062-10-SEP-CC, 063-10-SEP-CC, 065-10-SEP-CC, 066-10-SEP-CC y Sentencia 067-10-SEP-CC). La CC indicó que estas sentencias "confieren seguridad jurídica en la expedición de las decisiones judiciales ulteriores" Por tanto, cuando en el caso sub júdice se omitió resolver sobre la vulneración de derechos del accionante por desconocer la existencia del contrato colectivo, se vulneró la Seguridad Jurídica, pues era un tema ya resuelto en casos que constituyen precedente jurisprudencial obligatorio.

6. Precedente obligatorio sobre eficacia del contrato colectivo. La CC indicó que las decisiones ulteriores necesariamente deben guardar armonía con el precedente jurisprudencial, así en el presente caso la CC, resolvió sobre la constitucionalidad del artículo 7 de la Ordenanza de Municipal de Machala porque "esta disposición garantiza a los trabajadores el mantenimiento de los derechos y garantías laborales, como prevé el número 3 del Art. 35 de la Constitución", además, indicó que los contratos celebrados con la normativa pertinente, son leyes para las partes, "por lo que si, por acción u omisión, incumple, habría vulneración de derecho constitucional, que es efectivamente lo que se produjo al no haberse atendido las normas del contrato colectivo, cuya existencia está justificada y garantizada constitucionalmente.", por lo que los derechos del accionante son irrenunciables y debieron haber sido resueltos en el recurso de casación.

7. Motivación. La CC analizó el test de motivación, así indicó que los jueces nacionales en la sentencia impugnada sólo se remitieron al análisis del tribunal ad quem sin mencionar ninguna norma respecto a los asuntos puestos en su conocimiento, es

decir sobre el pago de estabilidad laboral determinada en el contrato colectivo y la legitimidad del tercer contrato colectivo, pese haber resuelto en otro caso similar, por lo que la resolución carece de razonabilidad.

8. Importancia de los precedentes jurisprudenciales. La CC señaló "que en aplicación de lo establecido en los artículos 191 numeral 2 literal c de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el artículo 26 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, y el acápite 19.2.1 del "Protocolo para la elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios", los criterios jurisprudenciales de la Corte mencionados son de obligatorio cumplimiento para los casos futuros que guarden identidad objetiva con los hechos y pretensión establecidos en este precedente constitucional de unificación".

9. *Decisión.* La CC declaró la vulneración de los derechos constitucionales a la seguridad jurídica y el debido proceso en la garantía de la motivación, aceptó la AEP y como reparación integral dispuso: 1) Dejar sin efecto la sentencia impugnada, expedida el 15 de noviembre del 2011 a las 08h00 por los jueces de la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia. 2) Retrotraer el proceso hasta el momento en que se produjo la vulneración de los derechos constitucionales (sentencia de casación.); 3) Devolver el expediente a la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia a fin de que los nuevos jueces que se sorteen de la mencionada Sala resuelvan considerando los razonamientos expuestos en esta sentencia, así como el precedente jurisprudencial obligatorio, sentencia No. 001-12-PJO-CC, expedida dentro de la causa No. 0893-09-EP acumulados.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

SUBSIDIARIEDAD Y RESIDUALIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 001-16-PJO-CC, en el caso No. 0530-10-JP, de 22 de marzo de 2016, publicada en el R.O. No. 767 Segundo Suplemento, de 2 de junio de 2016, el Pleno de la Corte Constitucional (CC) expidió sentencia de Precedente Jurisprudencial Obligatorio sobre la garantía jurisdiccional de Acción de Protección, luego de que la Sala de Selección de la Corte Constitucional, para el período de transición, el 20 de mayo de 2010 a las 10h40, mediante auto de selección, y de conformidad con los parámetros de selección previstos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), procedió a seleccionar el caso N.º 0530-10-JP (referente a la sentencia de apelación de la acción de protección, emitida por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha). Con esta sentencia se resuelven importantes temas jurídicos como el determinar si la acción de protección tiene el carácter de subsidiaria y de residual, o en su defecto, es solo subsidiaria.

2. Alcance del art. 40 de la LOGJCC. Esta jurisprudencia vinculante, toma como base sentencias emitidas por la CC (001-10-JPO-CC; 013-13-SEP-CC; 016-13-SEP-CC; 043-13-SEP-CC; 102-13-SEP-CC; 006-16-SEP-CC), donde desarrollan criterios interpretativos de esta acción constitucional, en base a los numerales 1 y 3 del art. 40 la LOGJCC, para resolver sobre la subsidiariedad y residualidad de la acción de protección, lo cual es necesario, para construir un precedente jurisprudencial obligatorio, con la finalidad de que sea observado por los operado-

res de justicia, para evitar criterios contradictorios en circunstancias jurídicas iguales. Se señala que la acción de protección no debe ser considerada como un mecanismo de superposición o reemplazo a la justicia ordinaria, por lo tanto, no todas las vulneraciones de derechos tienen cabida el ámbito constitucional, ya que para la materia de legalidad existen vías idóneas (dimensión legal del derecho). Es decir, que la justicia constitucional no se encuentra facultada para fundar o declarar derechos, o para resolver problemas legales que no tengan como base la vulneración de derechos constitucionales.

3. Residualidad de la Acción. La CC define a la residualidad como la exigencia establecida a una persona, para que antes de acceder a la justicia constitucional, sea necesario agotar previamente todas las instancias de la justicia ordinaria, lo cual, no fue el espíritu del legislador al emitir el texto del artículo 40 numeral 3 de la LOGJCC, por lo que, no es necesario agotar dichas fases para reclamar el efectivo goce de un derecho, pues así entendida la acción de protección, no cabría su interposición, provocando la ordinarización de la misma, perdiendo su aptitud de protección de los derechos de manera directa y eficaz, por lo tanto, se desecha la consideración de que la acción de protección sea una garantía de carácter residual.

4. Subsidiariedad de la Acción. La CC señala que "la subsidiariedad de la acción de protección surge ante la inadecuación o ineficiencia de la justicia ordinaria, el legislador ha considerado a la vía constitucional como el mecanismo último para resolver un conflicto que, pudiendo solucionarse en la vía ordinaria, no lo ha hecho", es decir, esta acción si tiene el carácter de subsidiaria, debido a que, se verifica que de someter el asunto controvertido a la vía ordinaria, se causaría un daño grave e irreparable, porque esta es inadecuada o ineficaz, y con eso, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva. Esto se debe determinar con la identificación del *thema decidendum* y su correspondencia, lo cual se desprende de los hechos relatados por

el legitimado activo, por lo que, los jueces tienen la obligación de habilitar las vías de la justicia constitucional. En el caso, que estimen la existencia de otras vías procesales para la tramitación o procedencia de la causa, esta decisión no debe formularse en abstracto, sino en base al análisis de la situación fáctica concreta. Ello, no significa que esta acción está orientada a sustituir a la justicia ordinaria, ya que, cuando lo que se pretenda es la declaración de un derecho subjetivo previsto en la legislación secundaria o en general, la aplicación de la norma infraconstitucional será suficiente para resolver el caso.

5. Finalidad de la Acción de Protección. El legislador no ha plasmado que se debe agotar las instancias ordinarias, antes de acudir a la justicia constitucional, pero si ha establecido que, en cuanto a la vulneración de derechos, se debe analizar si la garantía jurisdiccional es la adecuada y eficaz para la protección de los mismos. La acción de protección tiene que ser un método de protección de derechos, que tengan una afectación en el ámbito constitucional y no solo afectación en el ámbito legal, ya que, si por toda vulneración se debería proponer este tipo de acción, la misma se desnaturalizaría, volviéndose ordinaria, es por ello que la acción de protección si es subsidiaria pero no es residual.

6. Efectos de la sentencia. La CC determinó que "[L]as juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto […] cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido". Esta regla expedida debe ser aplicada con efecto erga omnes en todos los casos similares o análogos.

CONSTITUCIONAL

INCONSTITUCIONALIDAD RELATIVA POR OMISIÓN LEGISLATIVA: PROCEDIMIENTO EN COIP

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 001-17-SIO-CC, en el caso No. 0001-14-IO de 27 de abril de 2017, la Corte Constitucional (CC) aceptó parcialmente una Acción de Inconstitucionalidad por Omisión (AIO), propuesta por María Leonor Jiménez y otras, por omisión de cumplimiento del artículo 81 de la Constitución, omisión que se accionó en contra de la Asamblea Nacional y el Presidente de la República en su calidad de colegislador. Se aceptó parcialmente la AIO por haber incurrido en la omisión de instrumentalizar un procedimiento unificado, especial y expedito para los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección contemplados en esta norma constitucional.

2. Naturaleza de la Acción de Inconstitucionalidad por omisión. Para la CC esta acción se encuentra asociada al control abstracto de constitucionalidad, para lo cual indicó que *"guarda armonía con varios principios constitucionales; (…) el principio de supremacía constitucional, lo cual implica una aplicación material de los preceptos constitucionales y el sometimiento de todas las personas, autoridades e instituciones a la Constitución de la República: entre ellas del poder legislativo a través de su vinculación a lo establecido en el texto constitucional..."* (sentencia N.° 001-11-SIO-CC dictada dentro de la

causa N.° 0005-10-IO.) Por tanto, la omisión se comete por la inacción legislativa de normar el mandato constitucional –vacío normativo-, con lo que se provoca un vicio de inconstitucionalidad.

3. Argumentos de las accionantes. Las accionantes indicaron que en el COIP "no se establece un procedimiento 'especial y expedito' para el juzgamiento de los delitos de 'violencia intrafamiliar y sexual', como lo prescribe el artículo 81 de la Constitución de la República del Ecuador." Además, señalaron que tampoco se encuentran entre los procedimientos "ESPECIALES". Consecuentemente, concluyen que los delitos de violencia intrafamiliar, sexual y crímenes de odio están sujetos al procedimiento ordinario de juzgamiento, lo que para ellas *"marca una diferencia en cuanto a los tiempos del proceso, así como también respecto de costos, revictimización y desgaste emocional de la víctima."*

4. Argumentos de los accionados. La Asamblea Nacional, la Procuraduría General del Estado y la Presidencia de la República coincidieron en que con la expedición del Código Orgánico Integral Penal publicado en el suplemento del Registro Oficial N.° 180 de 10 de febrero de 2014, se cumplió con el mandato constitucional, pues este Código cumple con la obligación formal y material de dar respuesta a dicho mandato, pues el mismo contiene *"regulaciones normativas en el ámbito procedimental para el juzgamiento y sanción de delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección"* y, finalmente resalta la existencia de fiscales y defensores públicos especializados.

5. Norma constitucional acusada. La norma constitucional que las accionantes indicaron se infringió es el *"Art. 81.- La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de*

odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley."

6. Fuerza normativa de la Constitución y protección a grupos de atención prioritaria. La CC señaló que a la Constitución se la considera como la *"Norma Suprema que prevalece sobre cualquier otra en el ordenamiento jurídico"*, por ello *"todas las normas y actos provenientes del poder público deberán guardar estricta armonía con los aspectos formales y materiales previstos en ésta"*. Además indicó que en la Constitución se establecieron en favor de las personas una serie de derechos, en el bloque de constitucionalidad –tratados y convenios internacionales-, encontrándose dentro de éstos los reconocidos a los grupos de atención prioritaria (vulnerables) considerados así de acuerdo con parámetros como la edad, condición física, estado de salud, discriminación histórica, entre otras. En el caso concreto indicó que la CC ya se ha pronunciado sobre la importancia de que en casos de violencia intrafamiliar, sexual, de género, merecen estas personas una atención prioritaria, por lo que *"se debe contar con un adecuado marco normativo de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias, tal como lo señaló la Corte IDH en el caso González (Campo Algodonero) y otras vs. México."*

7. Existencia de un deber claro, positivo y concreto de actuar. La CC indicó que para que pueda existir una omisión el mandato constitucional debe establecer un deber positivo, claro y concreto, por tanto el artículo 81 tiene el deber de *"por un lado con la expedición de regulaciones normativas en el ámbito procedimental para el juzgamiento y sanción de delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protec-*

ción" y, por otro *"el establecimiento de fiscales y defensoras o defensores especializados para los procedimientos de juzgamiento y sanción"* de estos delitos. Concluyó, que de conformidad con el artículo 120 numeral 6 de la Constitución la Asamblea Nacional es la llamada a cumplir con el mandato constitucional.

8. En el COIP existen normas pero no el procedimiento uniforme y especial: inconstitucionalidad relativa. Aquí la CC indicó que la inconstitucionalidad por omisión puede ser absoluta –no promulgación de una norma o inejecución de un acto determinado– o por omisión relativa –cuando existiendo una regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes–. Por ello el análisis lo realizó en cuanto a la inconstitucionalidad relativa; en este sentido la CC evidenció que el COIP recoge la normativa sustantiva en la que *"se establecen principios, derechos especiales que involucran asuntos relacionados con personas -víctimas- que por su condición económica, física o mental" habiendo* para estas personas la obligación de una protección especial (art. 4.4); en ese mismo sentido *"los procedimientos en donde se encuentren involucradas víctimas de delitos contra la integridad sexual o participen niñas, niños o adolescentes se deberá respetar el derecho a la intimidad de estos y de su familia así como también guardar la debida confidencialidad"* (art. 4.20 y 11.4); igualmente, se estableció como derecho de las víctimas de infracciones penales la no revictimización, y además tipificando varias conductas (femicidio, violencia contra la mujer, abandono de persona, actos de odio, etc). En el campo adjetivo el COIP, establece la oralidad y el sistema de audiencias, que serán públicas con la excepción de aquellas que versen *"sobre materias de delitos contra la integridad sexual, reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y de aquellas infracciones en donde se encuentre comprometida la estructura del Estado constitucional"*. Además existe el art. 57 en el que se establecen reglas especiales para el juzgamiento de delitos de violencia contra la mujer y miembros. Por tanto la CC concluyó que en el COIP existen una serie de prescripciones normativas relacionadas con el mandato constitucional denunciado,

sin embargo la CC informa que no existe "*procedimiento uniforme, especial y expedito para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección*.", por lo que lo existente no es suficiente para cumplir con el mandato Constitucional. Finalmente la CC indicó que no existe fraude constitucional por el transcurso del tiempo, dado que existe una norma.

9. Decisión. La CC declaró la inconstitucionalidad relativa por omisión del mandato contenido en el artículo 81 de la Constitución de la República en relación al establecimiento de un procedimiento unificado, especial y expedito para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños y adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección y, concedió a la Asamblea Nacional el plazo perentorio de un año para que legisle sobre el tema conforme el artículo 120.6 de la Constitución.

NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

ALIMENTOS Y APREMIO PERSONAL: PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y PROHIBICIÓN DE SALIDA PARA OBLIGADOS PRINCIPALES

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 012-17-SIN-CC, en los casos acumulados Nros. 0026-10-IN, 0031-10-IN y 0052-16-IN, de 10 de mayo de 2017la Corte Constitucional (CC) aceptó y negó las acciones de Inconstitucionalidad por el fondo propuestas por Alberto Arturo Zelaya Gamboa, Fundación "Padres por Siempre" y Javier Renán Donoso Saldarriaga, en contra de varios artículos de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II y de la disposición transitoria segunda del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA); y, del primer inciso del art. 137 del Código General de Procesos (COGEP), por vulnerar los artículos 11 numerales 2, 4, y 6; 33; 44; 45; 67; 66 numerales 15 y 29 literal c; 69 numerales 1, 3, 4 y 5, 76 inciso primero y numeral 6; 77; 82, 83 numeral 16; 137 segundo inciso y 325 de la Constitución de la República.

2. Argumentos de los accionantes. Los accionantes indicaron que las normas acusadas vulneran el derecho a la libertad, por cuanto el apremio personal del alimentante no es una medida proporcional para garantizar el derecho, por estar el progenitor impedido de generar recursos y por ende cumplir con la obligación, afectando al ejercicio económico. Así mismo, consideraron que el Estado no protege adecuadamente la corresponsabilidad parental de los progenitores, con especial atención a las familias disgregadas; además, afirman que solo el padre y la madre tienen la obligación de prestar alimentos, en la Constitución no se

da este encargo a los abuelos, tías o hermanos, únicamente, en el art. 69 numerales 1, 4 y 5 se establece al garante y alimentante subsidiario en el caso de familias disgregadas. Además, señalaron la falta de obligación de rendir cuentas del progenitor encargado de cobrar la pensión porque no se sabe si la invierte garantizando el interés superior del niño.

3. Principios constitucionales aplicables a los niños, niñas y adolescentes. La CC señaló que entre los principios para este grupo, resaltan los siguientes tres, según el Art. 44 de la Constitución: a) Interés superior reconocido internacionalmente en el art.3 numeral 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la opinión consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos; b) Prevalencia de sus derechos o trato prioritario, y c) Corresponsabilidad del Estado: al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad, y, por ende, la obligada directa, el Estado debe establecer las condiciones necesarias para este cumplimiento.

4. Obligados directos y subsidiarios de alimentos. Estos artículos tienen por objeto establecer una serie de reglas para el efectivo cumplimiento del derecho a alimentos a los obligados de este derecho, sin hacer distinción entre principales o subsidiarios. En este punto la CC señaló que si bien en los artículos 69 y 83 la Constitución hace referencia al padre y la madre como obligados del derecho de alimentos, no son los únicos llamados, fundamentados en los principios antes señalados, ya que la familia y el Estado responden en función del interés superior del niño, estableciendo este deber a quienes tienen cierto impacto en el desarrollo del menor. Por ello la obligación subsidiaria es residual "*siempre y cuando exista ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales.*" Además indican la posibilidad de que el obligado subsidiario ejerza por la vía pertinente su derecho de repetición hacia el obligado principal. Por tanto la CC concluyó que las normas acusadas no vulneran los derechos.

5. Derechos de los demandados por pensiones alimenticias. La CC determina que el derecho de alimentos constituye un presupuesto fundamental para el derecho a la vida digna y al desarrollo integral de los niños y adolescentes, siendo un derecho consustancial a la relación parento-filial. De ahí que se establece de entrada una pensión provisional que puede ser contradicha por el demandado, con lo que se garantiza el derecho a la defensa, de manera que el demandado pueda ser escuchado en el momento procesal oportuno. La CC aclara además que las medidas cautelares son aplicables luego de determinar judicialmente la existencia de la obligación. Finalmente, la CC indica que las normas acusadas están orientadas en el marco del debido proceso a que se reclame el derecho de alimentos y que no se retarde, y, que dentro de dicho proceso, el demandado pueda defenderse con las más amplias facultades, por lo que no vulneran el derecho a la defensa, pues no limitan ninguna de las garantías que lo componen.

6. La prohibición de salida del país es desproporcionada para obligados secundarios. En este punto la CC analiza si con la medida de prohibición de salida del país se vulnera el derecho al libre tránsito, por ello debe resolver la antinomia entre *"los derechos a la vida digna y desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes y el derecho a la libertad de tránsito de los alimentantes"* Para lo cual la CC procede a realizar el test de proporcionalidad, así tenemos: a) Idoneidad.- Para Alexy este principio *"excluye la aplicación de medios que, como mínimo, perjudiquen la realización de un principio sin favorecer al menos uno de los principios u objetivos a cuya consecución deben servir"* De manera que cuando se impide la salida del país del alimentante es cuando este se encuentra en mora de su obligación, con lo que se incentiva la pago de la misma para que recupere con su libertad de tránsito, por lo que es una medida idónea; b) Necesidad.- La CC indica que se supera este parámetro cuando *"se comprueba que no existe otra medida que, siendo también idónea, sea menos lesiva para los derechos de las personas..."* Para ello la CC indica que en el art. 26 del CONA

existen medidas de apremio real, esto es cualquier medida que recaiga sobre el patrimonio del obligado, sin embargo hay casos puntuales en los que las medidas de tipo real no son aplicables, pues pueden haber obligados que no posean patrimonio, o que de poseerlo, su valor no alcance para cubrir la deuda. En estos casos las medidas reales no serían suficientes para garantizar el pago de las pensiones que permiten al alimentado tener una vida digna, por lo que la medida de prohibición de salida del país, es adecuada en estos casos; y, c) Proporcionalidad.- Se refiere al equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. Por ello en este punto la CC indicó que si bien la medida de prohibición de salida del país, es idónea, siempre y cuando sea aplicada a los obligados principales, ya que en el caso de los obligados subsidiarios, si se afecta su derecho al libre tránsito. Con ello la CC estableció que no se superó el test de proporcionalidad toda vez que no es constitucional que esta limitación se imponga a los obligados subsidiarios.

7. Apremio personal y discriminación socioeconómica. Este artículo tiene por objeto la regulación de la medida de apremio personal de privación de libertad en caso de deuda por pensión alimenticia. La CC aplica el test de proporcionalidad. a) Idoneidad. Se indicó que el art. 137 del COGEP y el 23 del CONA, tienen un sentido restrictivo, ya que a pesar de existir otras medidas para hacer cumplir la obligación (prohibición de salida del país y medidas reales), en el caso de incumplimiento de pago, de dos o más pensiones se aplica el apremio personal ipso facto. La CC indica que dos son fuertes elementos para este análisis, en primer lugar se puede producir la pérdida del empleo del alimentante a causa de la privación de libertad, lo que en primera vista no atentaría a la idoneidad, pues si posee empleo debería priorizar recursos, sin embargo hay casos como el de uno de los accionantes, en donde ha incumplido el pago de la pensión por tener una enfermedad catastrófica y no tener los recursos suficientes para solventar los gastos del administrado y su enfermedad, causa por la que el juzgador si debería tener otras

alternativas de medida a tomar. En el segundo caso es la limitante a conseguir empleo, lo cual no ayudaría a cumplir el interés superior, concluyendo que no supera por ende la idoneidad, por cuanto no garantiza de manera eficaz el derecho; b) Necesidad. En este punto la CC demuestra con argumentos de accionante y propios que existen otras medidas de apremio menos lesivas como la prohibición de salida del país y las medidas de tipo real, así mismo indican que la privación de libertad del obligado, vulnera el derecho a la no discriminación socioeconómica, por cuanto quienes no poseen bienes se les ordenará la privación de libertad. Con esto se comprueba que hay otras maneras menos lesivas y que debe legislarse con alternativas para quienes no poseen bienes; y, c) Proporcionalidad.- La CC concluye que el apremio por el incumplimiento de pago de pensiones alimenticias, es lesivo para otros derechos por su grado de independencia, como son el derecho a la vida, al trabajo, a la salud, al ejercicio de actividades económicas y principalmente el derecho a la vida digna y desarrollo integral de niños niñas y adolescentes, por las consideraciones antes anotadas.

8. Inconstitucionalidad sustitutiva sobre apremio personal. La CC sustituyó el art. 137 del COGEP, en resumen, el juez primero deberá conocer las razones por las cuales el alimentante incumplió con el pago, luego de eso el juez podrá establecer el apremio personal total, el apremio personal parcial –de 10 de la noche a 6 de la mañana-, el establecimiento de compromisos de pago, la aplicación de apremio real y la prohibición de salida del país. En definitiva, le corresponderá al juzgador analizar el caso concreto, siendo prohibido el apremio contra obligados subsidiarios, garantes, personas discapacitadas o con enfermedades catastróficas.

9. *Inconstitucionalidad condicionada y prohibición de salida.* La CC declaró la inconstitucionalidad condicionada de los artículos 25 y 27 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del CONA. Dijo que en el art. 25 se debe entender que *"La prohibición*

de salida del país, como medida de apremio personal se dispondrá únicamente respecto de los obligados principales a satisfacer el derecho de alimentos; y en el 27 que se dispondrá la cesación de la prohibición de salida del país y de la privación de libertad, únicamente sobre los obligados principales del derecho de alimentos, pues es contra los únicos que se las puede ordenar. Se negó la inconstitucionalidad de los demás artículos demandados de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del CONA.

CONSTITUCIONAL

CAMBIO DE SEXO, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y DERECHO A LA IDENTIDAD

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 133-17-SEP-CC, en el caso No. 0288-12-EP, de 10 de mayo de 2017, la Corte Constitucional (CC) aceptó la Acción Extraordinaria de Protección (AEP) propuesta por la Directora Nacional de Protección de Derechos Humanos y la Naturaleza y por el Coordinador Nacional de Atención Prioritaria de la Defensoría del Pueblo, en contra de la sentencia de 13 de enero de 2012, dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de una acción de protección. Se aceptó la AEP por haberse vulnerado derechos constitucionales en la garantía libre desarrollo de la personalidad e identidad personal que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual y la CC dispuso que la Asamblea legisle en el plazo no mayor de un año disposiciones legales necesarias para regular el procedimiento de cambio de sexo de personas transexuales, observando los criterios vertidos por la CC.

2. Negativa de cambio de sexo en identificación. Señalan que Bruno Paolo Calderón, el 25 de agosto de 2011, acudió a la Defensoría del Pueblo solicitando su intervención, pues la Dirección General del Registro Civil no procedió con el cambio de sexo en su identificación de femenino por masculino, después de haber invocado su derecho a la identidad y autodeterminación personal. Indicaron que el 17 de agosto de 2011, se marginó la partida de nacimiento con el cambio de nombre de Karla

Paola Calderón Pazmiño, por el de Bruno Paolo Calderón, pero no se procedió con el cambio de sexo, pese a existir la resolución No. 1754-2011-DPRCICM-DJ de 24 de agosto de 2011 de la Dirección Provincial del Registro Civil de Manabí, por cuanto alegó la Dirección Nacional que no era procedente. Ante la negativa Paolo Calderón interpuso una acción de protección, que fue aceptada por el Juzgado Tercero de Pichincha, y en sentencia de 21 de diciembre de 2011, ordenó a la Dirección General del Registro Civil que proceda con el cambio. Dicha sentencia fue apelada y la apelación fue aceptada, revocando la sentencia venida en grado.

3. Tutela Judicial Efectiva y acceso. La CC indicó que la tutela judicial efectiva no implica, únicamente, el acceso sino también el deber de las autoridades jurisdiccionales a adecuar sus actuaciones a la naturaleza del caso puesto en su conocimiento atendiendo lo que manda el ordenamiento jurídico. En ese sentido la CC realizó un análisis de las vertientes de la tutela judicial efectiva. En cuanto al acceso verificó que a lo largo del proceso de la acción de protección (AP) tanto los accionantes como los accionados tuvieron acceso a los órganos de justicia, primero con la demanda de la AP, luego con la apelación y, finalmente, con la interposición de la AEP.

4. Después de verificar la vulneración de derechos el juez debe revisar la procedencia de la vía ordinaria La CC en sentencia No. 024-12-SEP-CC, reconoció como vulneraciones a la Tutela Judicial Efectiva y al derecho al debido proceso en la garantía de la motivación *"el que la autoridad judicial no cumpla con su deber de fundamentar con 'argumentos válidos que demuestren que la acción de protección no procede efectivamente' en el caso puesto a su conocimiento."* En el caso concreto la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, señaló en su considerando Cuarto que el punto central a dilucidarse era verificar si se han violado preceptos constitucionales con la negativa de la marginación de la partida de nacimiento con el cambio de sexo de Bruno Paolo Calderón; sin

embargo, en el análisis, dicha Corte hizo referencia a los arts. 84 y 94 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, haciendo énfasis en que al haber disposición legal para resolver el asunto se hace improcedente la vía constitucional, y nada dice sobre si hubo violación de derechos o no. Con ello se concluye que no hubo un análisis coherente con la premisa que se plantearon, omitiendo su obligación constitucional de realizar el análisis de vulneración de derechos. Pasó por alto la sentencia vinculante No. 001-016-PJO-CC que indica *"que las autoridades jurisdiccionales tienen el deber de realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos y excepcionalmente cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido"* Con ello se establece que se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva.

5. Iura novit curia y análisis de otro derecho vulnerado. La CC ante la evidente vulneración al derecho de la tutela judicial efectiva, en su vertiente del debido proceso, le correspondía examinar si la pretensión inicial del legitimado activo fue atendida por la autoridad de instancia de manera motivada, a pesar de no haber sido alegado este derecho –debido proceso- como vulnerado, en virtud del iura novit curia, de conformidad con el art. 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales .y Control Constitucional.

6. Test de Motivación: Razonabilidad, lógica y comprensibilidad. Siendo un deber de toda autoridad motivar sus resoluciones, la CC pasó a analizar la sentencia de la AP dictada por el Juez Tercero de Tránsito de Pichincha: a) Razonabilidad: En dicha sentencia la autoridad hace referencia a las normas sustanciales de la AP, y su objeto, así como a las normas que les da competencia en el caso concreto, con lo que se cumple este parámetro; b) Lógica: La CC realizó un análisis de los argumentos del juez con las conclusiones a las que llega, en las premisas, el juzgador estableció la imposibilidad de adoptar una decisión

respecto al caso concreto, por cuanto no se encuentra regulado, así como el hecho de que se haya practicado una cirugía de "re-adaptación sexual", no reunía los elementos para una rectificación de su acta de nacimiento, sin embargo terminó aceptando la AP, lo cual no tiene coherencia alguna; y, c) Comprensibilidad: Al no existir lógica es imposible que sea comprensible la decisión. Con este análisis se concluye que dicha sentencia vulneró el derecho del debido proceso en la garantía de la motivación.

7. Libre desarrollo de la personalidad e identidad personal. La CC señaló que la dignidad es un elemento inherente a la existencia humana, en tanto que *"dota de sentido a todos los atributos fundamentales, en especial al libre desarrollo de la personalidad (art. 66.5 de la Constitución)"*, pues así se puede diseñar un plan de vida y determinarse según las características íntimas de cada uno, *"implica la posibilidad de manifestar y preservar libremente, aquellos elementos físicos y psíquicos inherentes a cada persona, los cuales, lo individualizan y permiten ser quien es acorde a su voluntad"*. En virtud de ello las entidades estatales y los entes públicos y privados tienen la obligación de respetar, garantizar y proteger este derecho, cuyo límite es la afectación del derecho de terceros. Así mismo para la CC la *identidad de género forma parte del núcleo duro de la identidad personal, pues a través de dichas expresiones un ente llega a ser lo que desea, fiel a sus íntimos sueños y aspiraciones de vida personal y familiar."* Así mismo señaló la CC que la identidad transexual se basa en los "Principios de Yogyakarta", donde se la define como *"la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras …).* En el caso concreto nos encontramos con una persona que nació mujer, pero psicológicamente responde a una identidad transexual, asumiendo la identidad masculina de Bruno

Paolo, como obra del proceso, para lo cual se practicó una intervención quirúrgica y ya no posee rasgos femeninos.

8. Situación de los grupos transexuales y seguridad jurídica. La CC indicó que si bien se establece que mediante juicio sumario se pueda cambiar el sexo de una persona, eso implica gastos en abogado, tiempo y recursos económicos suficientes, situación que podría durar varios meses mientras deben soportar la discordancia entre su identidad asumida-adquirida y la registrada, por tanto el acudir al órgano judicial no persigue un fin legítimo, sino uno arbitrario que perjudica a un colectivo. Si bien lo aplicado se encontraba en la Ley del Registro Civil, Identificación y Cedulación –vigente a la fecha del proceso-, que ha sido derogada por la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, y que se debe respetar la seguridad jurídica, se debe entender que la misma en un estado de derechos se redimensiona en conjunto con el principio de juridicidad, para garantizar la supremacía de la Constitución, debiendo cumplirse acorde a su irradiación con todo el ordenamiento jurídico, por tanto *"el cumplimiento que ha de satisfacerse siempre ha de ser el de los preceptos constitucionales que subyacen la preminencia de la Ley."*. Ahora bien ambas normativas establecen el deber de realizar el cambio de sexo, toda vez que se verifique un error en la inscripción, y que dicho cambio debe hacerse en la vía judicial, dejando fuera de las consideraciones el libre desarrollo de la personalidad. En el caso concreto, la CC determinó que tanto en la etapa administrativa, como en la constitucional se vulneraron derechos de la persona trans, al negarse la marginación con el cambio de sexo, toda vez físicamente tiene los rasgos de hombre.

CONSTITUCIONAL

EJECUCIÓN DE SENTENCIA Y MEDIDAS CAUTELARES DE ARBITRAJE (MERCK *vs.* PROPHAR: TERCERA AEP)

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 195-17-SEP-CC de 21 de junio del 2017, dentro del caso No. 2708-16-EP, la Corte Constitucional del Ecuador (CC) resolvió aceptar una Acción Extraordinaria de Protección (AEP) y declarar la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de motivación en un proceso que enfrentó a las empresas farmacéuticas PROPHAR S.A. y MERCK SHARP & DOME (INTER AMERICAN) CORPORATION. Asimismo, dejó sin efecto varios autos dictados por la Unidad Judicial Civil con sede en Quito y dispuso que otra autoridad conociese y sustanciase la fase de ejecución de una sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. La AEP fue una decisión más dentro del comentado juicio por daños y perjuicios instaurado por PROPHAR S.A. que enfrenta a las dos compañías por algunos años. La AEP fue deducida por el Representante Legal de PROPHAR en contra de los autos de 16 de septiembre, 11 de octubre, 25 de octubre y 10 de noviembre de 2016, dictados por la Unidad Judicial Civil con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. Mediante auto del 16 de septiembre del 2016 se había dispuesto la suspensión de la ejecución de la sentencia dictada el 4 de agosto de 2016, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. En esa sentencia se había condenado a MERCK al pago de 41'966.571,70 dólares por concepto de indemnización de daños y perjuicios.

2. AEP anteriores. La CC conoció, anteriormente, dos AEP en contra de sentencias de la Corte Nacional de Justicia que se pronunciaron, en casación, sobre lo resuelto en el juicio de daños y perjuicios, por incumplimiento contractual, entre MERCK y PROPHAR.

3. Medida cautelar provisional de tribunal arbitral y AEP. La AEP fue presentada por el Gerente General y Representante de PROPHAR en contra de varios autos emitidos por la Unidad Judicial Civil con sede en Quito, bajo el argumento de que ésta judicatura suspendió arbitrariamente la ejecución de una sentencia dictada por la Corte Nacional de Justicia, amparándose en un criterio de la Procuraduría General del Estado respecto de un proceso seguido en el Tribunal de Arbitraje de La Haya. La Unidad Judicial Civil había suspendido provisionalmente la ejecución de la sentencia hasta la emisión de un fallo del Tribunal de Arbitraje de la CNUDMI en virtud del Tratado entre los Estados Unidos y el Ecuador suscrito en agosto de 1993, atendiendo a un "Segundo pedido de Medidas Cautelares PROVISIONALES" del Tribunal. El arbitraje fue iniciado por MERCK (Caso PCA No. 2012-10) argumentando la violación del Tratado entre los Estados Unidos de Norteamérica y la República del Ecuador sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones debido a la supuesta denegación de justicia.

4. Parámetro de razonabilidad. El requisito de la razonabilidad se encuentra relacionado con el deber que tienen la o las autoridades jurisdiccionales de identificar con claridad las fuentes del derecho, no solo en las que radican su competencia sino también en aquellas en las que soportan sus razonamientos, afirmaciones y resolución final. Según la CC, la jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en Quito no justificó ni se respaldó en alguna fuente de derecho para suspender la ejecución de la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia que condenó a MERCK

al pago de más de 41 millones de dólares a favor de PROPHAR S.A. La CC estimó que en ese caso existió un vacío jurídico en el auto emitido por la jueza.

5. Parámetro de lógica. El parámetro de la lógica, se encuentra relacionado con la coherencia que debe existir entre premisas y de estas con la decisión final, de igual manera es importante señalar que el requisito en cuestión se refiere también a la carga argumentativa que debe o deben emplear las autoridades jurisdiccionales indistintamente de la jerarquía que ostenten en los razonamientos realizados. La CC estimó que, como consecuencia del vacío jurídico determinado en el requisito de la razonabilidad, la autoridad jurisdiccional se encontraba impedida de crear un nexo causal lógico y coherente entre una premisa contentiva de la fuente de derecho, inexistente en este caso, con una segunda premisa contentiva de la circunstancia fáctica, siendo en el presente caso, la suspensión de la ejecución de una sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en razón de la existencia de unas "Medidas Cautelares Provisionales" emitidas por un Tribunal de Arbitraje Internacional.

6. Parámetro de comprensibilidad. Según la CC, el parámetro de la comprensibilidad se refiere a la claridad del lenguaje empleado por parte de las autoridades jurisdiccionales, así como también con la manera en que estas realizan la exposición de sus razonamientos y argumentos. La CC encontró, en este punto, que al incumplir los parámetros de razonabilidad y lógica la decisión de la jueza también fue incomprensible. Así, concluyó que el auto de 16 de septiembre de 2016, dictado por la Unidad Judicial con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, vulneró a el derecho al debido proceso en su garantía de motivación.

JUDICIAL

INFORME PERICIAL ES HECHO PROCESAL FUNDAMENTAL (MERCK *vs.* PROPHAR: TERCERA CASACIÓN)

1. Antecedentes. Mediante sentencia de 4 de agosto de 2016, la Corte Nacional de Justicia resolvió una tercera casación dentro del proceso que enfrenta a las farmacéuticas MERCK SHARP & DOME y PROPHAR S.A. (antes Nifa S.A.) y fijó el monto de la indemnización a pagar por parte de MERCK a PROPHAR en alrededor de 41 millones de dólares. Para determinar el monto, la Corte estimó el cálculo pericial de los costos en los que habría incurrido PROPHAR en la producción de medicamentos que no ingresaron al mercado ecuatoriano por una suma aproximada de 41 millones, más un daño emergente de 50.000 dólares.

2. Breve cronología del caso. El proceso inició con una demanda civil ordinaria por daños y perjuicios por parte de PROPHAR en contra de MERCK por incumplimiento de contrato de promesa de compraventa de un local. Luego de ser resuelta en primera instancia con una condena en contra de Merck, el caso pasó a la Primera Sala de lo Civil, Mercantil Inquilinato de la Corte Provincial de Pichincha que confirmó la sentencia subida en grado, aunque reformó el monto de la indemnización. Ante esto, las dos partes interpusieron un primer recurso extraordinario de casación. Esta casación fue resuelta y, en ese primer momento, se fijó el monto de la indemnización en 1´500.000 dólares. Posteriormente, PROPHAR presentó un recurso extraordinario de protección ante la Corte Constitucional, que resolvió dejar sin efecto la sentencia de casación y devolverla a la instancia ante-

rior para que nuevamente sea resuelta. Así, y en un segundo momento, nuevamente la Corte Nacional de Justicia conoció la casación y emitió un nuevo fallo, fijando en 7'723.471 dólares el monto de la indemnización a favor de PHROPAR. Sin embargo, por segunda vez PROPHAR interpuso un recurso extraordinario de protección contra la sentencia y la Corte Constitucional, aceptando la acción, ordenó nuevamente que la Corte Nacional de Justicia resolviese la casación. Ésta tercera decisión es la que se trata en este artículo. Durante el tratamiento del caso, la Corte Nacional conoció también el inicio de un arbitraje en la Haya por parte de MERCK en contra del Estado ecuatoriano por denegación de justicia, en el que el Tribunal ordenó, entre otras cosas, que se suspendiesen todos los procedimientos y acciones de ejecución de las sentencias que afectaron a MERCK hasta que el Tribunal emitiese su Laudo final.

2. Informe pericial como hecho procesal fundamental. En su tercera sentencia, los jueces de la Corte Nacional de Justicia estimaron un informe pericial efectuado dentro del proceso como la pieza culmen del mismo, a pesar de que las partes cuestionaron su nombramiento. Lo sumaron a los hechos (que consideraron probados) que condujeron al establecimiento de la responsabilidad precontractual, extracontractual proveniente de los hechos propios de la demanda, y que ya fueron calificados previamente por los jueces de instancia. Según la Corte, esos ya fueron valorados y aceptados por ellos y, por lo tanto, no podían volver a ser calificados. Sin embargo, si podían ser revisados al amparo de la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, como lo planteó MERCK.

3. Disección del informe pericial. El informe pericial fue elaborado en consonancia con el "Reglamento de Buenas Prácticas de Manufactura para Industria Farmacéutica". En el mismo se evaluó que los daños podían ser pasados, presentes y futuros. En ese sentido, tomó en cuenta los costos directos de producción tales como materia prima, mano de obra, costos indirectos de fa-

bricación, gastos operacionales, capital de trabajo, punto de equilibrio e índice de inflación. Adicionalmente, y para el cálculo de la proyección de ventas, el peritaje tomó en cuenta la base de datos de IMS Healt Inc., para tomar datos del mercado farmacéutico ecuatoriano. También se basó en datos sobre la propia empresa NIFA S.A., sus ventas y productos.

4. Cálculo del daño emergente. Para el cálculo de daño emergente, por otro lado, el peritaje tomó en cuenta los gastos referentes a avalúos, viajes, movilización, entre otros, que estimaron en 50.000 dólares.

5. Cálculo del lucro cesante. El cálculo del lucro cesante, segun la Corte proveniente del impedimento físico que se esperó resolver con la compra gestionada por cerca de un año de los 207 productos farmacéuticos de los que NIFA tenía y tiene registro sanitario en Ecuador, se proyectó en quince años, con base en la supuesta producción que PROPHAR no pudo ingresar al mercado nacional. El peritaje fijó, por este aspecto, una cantidad de más de 204 millones de dólares.

6. Error en el cálculo de la indemnización. La Corte estimó pertinente subsanar un error del Tribunal Ad quem al considerar exagerada a la indemnización y al no haberse aplicado la norma contenida en el artículo 4 de la Ley de Producción, Importación, Comercialización y Expendio de Medicamentos Genéricos de Uso Humano vigente a la época. La Ley establecía, básicamente, que el margen de utilidad para el fabricante o importador de este tipo de medicamentos no debía exceder el 20%. De ese modo, la Corte consideró que al monto del lucro cesante establecido en el informe pericial se le debía aplicar el 20% como valor de la indemnización, por ser ese el máximo de utilidad permitido por la ley. Así, fijó el monto del lucro cesante en 41 millones de dólares y, el daño emergente, en los mismos 50.000 dólares.

PENAL

PRISIÓN PREVENTIVA E INDÍGENAS

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 022-16-SIS-CC, en el caso No. 0010-15-IS, publicada en el R.O. 850 (s) del 28 de septiembre de 2016, la Corte Constitucional (CC) negó una Acción de Incumplimiento (AI) propuesta por el Defensor Público General y otros, por incumplimiento del fallo No. 00414SCNCC dictado por la Corte Constitucional del Ecuador en la causa No. 0072-14-CN dentro del proceso penal No. 006-2015 por presunto delito de sabotaje. Se negó la AI porque el accionado dio cumplimiento a la misma, una vez iniciado el proceso, pero antes de ser resuelto.

2. Argumentos de los accionantes. Indican que el Juez segundo de garantías penales de Orellana dictó prisión preventiva dentro de la instrucción penal iniciada por presunto delito de sabotaje, en contra de varios miembros de una comunidad indígena, quienes solicitaron la sustitución de la medida, que fue negada. Ante ello interpusieron una acción de Habeas Corpus, que la Sala única de la Corte Provincial de Justicia la negó. Por lo tanto, se incumplió lo señalado en la sentencia dictada dentro del caso No. 007214CN, que estableció que en los procesos penales en los que se encuentren involucrados personas o colectivos indígenas, la prisión preventiva es una medida de última *ratio.* Fundamentaron su pedido en el art. 436 numeral 1 de la Constitución que establece el carácter vinculante de las sentencias y dictámenes de la CC.

3. Prisión Preventiva y derechos de las comunidades indígenas. En la sentencia 004-14-SCN-CC dentro del caso 0072-14-CN, dic-

tada por el Pleno de la CC, se realizó un análisis de los efectos que produce una norma infraconstitucional – art. innumerado, inserto antes del art. 441 del Código Penal- respecto de los derechos que la Constitución y el bloque de constitucionalidad consagran para las nacionalidades indígenas y pueblos ancestrales. El Pleno de la CC indicó que "*en relación a la privación de libertad de los integrantes de una nacionalidad indígena que se encuentren inmersos en un proceso penal y a la luz de un análisis realizado a las prescripciones normativas contenidas en el artículo 10 numerales 1 y 2 del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independiente. (…) La sanción de la privación de libertad no es a priori el mecanismo idóneo para solucionar los conflictos existentes entre comunidades indígenas no contactadas y/o de reciente contacto, ante lo cual se deben establecer mecanismos de coordinación y cooperación para emplear mecanismos disciplinarios acordes a la cosmovisión de estos pueblos*". Consideró, además, que la prisión preventiva es de última ratio en la configuración misma del derecho penal, sobre todo, teniendo en cuenta la visión intercultural de los miembros de los pueblos indígenas.

4. Principio de diversidad cultural. La CC indicó que, de conformidad con el art. 143 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en los procesos penales en los que estén involucrados pueblos ancestrales, es deber de las autoridades jurisdiccionales aplicar los principios de continuidad histórica, interculturalidad, interpretación intercultural y diversidad cultural, precisamente con el fin de no afectar su relación comunitaria.

5. Sustitución de prisión preventiva. Dentro del presente proceso, el Juez Segundo de Garantías Penales de Orellana señaló que se llevó a cabo una audiencia de sustitución de medidas y que la prisión preventiva fue dejada sin efecto mediante auto dictado dentro de la referida audiencia, y que se procedió a dictar medidas alternativas en contra de los procesados, como fue-

ron la prohibición de salida del país y la presentación periódica ante la autoridad jurisdiccional, lo cual fue corroborado en la audiencia en la CC por los demás accionados.

6. Cumplimiento de sentencia. La CC, en su decisión No. 004-15-SIS-CC dictada dentro del caso No. 004411IS, señaló que *"no podrá en el marco de conocimiento de una acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales pronunciarse respecto de aquellas decisiones jurisdiccionales que han quedado insubsistentes."* En el caso sub-judice, se verificó que se dio cumplimiento a la sentencia de la CC, respecto de los pueblos indígenas, por lo que no existió materia sobre la cual pronunciarse, y se negó la AI. Sin embargo, la CC resaltó la obligación de cumplimiento de sus sentencia y su carácter vinculante de conformidad con lo dispuesto en el art. 436 numeral 1 de la Constitución.

DEBIDO PROCESO

PARÁMETROS DE LA MOTIVACIÓN DE SENTENCIAS

1.- Antecedentes. En sentencia No. 266-16-SEP-CC, dentro del caso No. 060-11-EP, publicada en el Tercer Suplemento del R.O. 878 del 10-11-2016, la CC aceptó una acción extraorinaria de protección (AEP) y declaró la vulneración del derecho constitucional a la motivación consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución. La AEP fue planteada por un ciudadano en contra de la sentencia emitida el 29 de noviembre de 2010 por los jueces de la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, por medio de la cual, no se tutelaron sus derechos constitucionales con relación a un acto administrativo materia de una acción de protección previa que dio por finalizado el contrato de servicios ocasionales que suscribió con la Corporación Aduanera Nacional. El acto administrativo impugnado en la acción de protección, emitido por el coordinador general de recursos humanos de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, se encontraba, según el accionante, viciado de nulidad en el fondo como en la forma puesto que carecía de motivación y, por ende, era arbitrario e ilegítimo. El accionante argumentó que la sentencia no se encontraba motivada debido a que, la Sala, se pronunció sobre su caso "[...]sin llegar a realizar un concienzudo análisis y estudio de la situación demandada". El accionante solicitó, entre otras pretensiones, que se dejase sin efecto la sentencia definitiva dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia y se ordenasen las medidas cautelares necesarias para remediar el daño ocasionado y evitar así el perfeccionamiento de otros actos ilegales, lo cual, en efecto, consiguió. Por su parte, los Jueces de la Primera Sala re-

batieron sus aseveraciones bajo el argumento de que la sentencia garantizó el derecho al debido proceso y tuteló de forma efectiva, imparcial y expedita los derechos e intereses de las partes. Además, que la decisión de la Corporación Aduanera Ecuatoriana era perfectamente válida por cuanto observó la facultad conferida en el literal a del artículo 22 del Reglamento de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público que permitía a dicha entidad finalizar el contrato de servicios ocasionales que había suscrito con el accionante.

2. Parámetro de razonabilidad. Dentro del tratamiento de los problemas jurídicos vislumbrados para resolver el caso, la CC recordó la existencia del parámetro de razonabilidad que debe contener una decisión judicial para que se considere motivada. El mismo, responde a la armonía con los preceptos constitucionales, jurisprudenciales y legales que integran nuestro ordenamiento jurídico que debe tener una decisión. Así, los operadores jurídicos que ostentan la calidad de jueces constitucionales, cuando conozcan esta garantía jurisdiccional, están en la obligación de recurrir a las fuentes del derecho atinentes a la naturaleza de la acción puesta en su conocimiento. Les corresponde, en otras palabras, fundar la decisión con sustento en las normas constitucionales, jurisprudenciales y legales que consagran, desarrollan y regulan la acción de protección.

3. Parámetro de lógica. De igual manera, la CC trató el parámetro de lógica que también deben tener las decisiones judiciales para ser consideradas como debidamente motivadas. Este parámetro se encuentra relacionado no solo con la coherencia que debe existir entre premisas y de estas con la conclusión final, sino también con la carga argumentativa que debe existir por parte de las autoridades jurisdiccionales en los razonamientos, afirmaciones y finalmente en la decisión que se vaya a adoptar. En tal virtud, la CC consideró que las afirmaciones realizadas por la Sala en la sentencia no se hicieron bajo un análisis o ejer-

cicio intelectual alguno destinado a evaluar, de forma previa, razonada y argumentada, la existencia o no, de vulneración de derechos que correspondía tutelar mediante la acción de protección planteada. No realizaron un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales ni sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto.

4. Parámetro de comprensibilidad. Adicionalmente, la CC trató el principio de comprensibilidad, también inexistente en la sentencia emitida por los Jueces, que consiste en el en el empleo, por parte del juzgador, de un lenguaje claro y pertinente que permita una correcta y completa comprensión de las ideas contenidas en una determinada resolución judicial. Consideró que faltó claridad en la exposición de los argumentos y que se evidenció una ausencia inexcusable de carga argumentativa.

CONSTITUCIONAL

NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO CARECE DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 259-16-SEP-CC, en el caso No. 1219-11-EP, publicada en el R.O. 878 (3s) del 10 de noviembre de 2016, la Corte Constitucional (CC) aceptó una Acción Extraordinaria de Protección (AEP), propuesta por la Ministra de Educación, en contra de la sentencia de 2 de junio de 2010, dictada por la Sala Segunda de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la acción de protección No. 766-2009. Se aceptó la AEP por haberse vulnerado el derecho constitucional a la seguridad jurídica.

2. Acción de Protección. El Sr. Alfredo Torres Mora presentó una acción de protección en contra del Ministerio de Educación por la emisión del Acuerdo Ministerial No. 368-9 de 16 de septiembre de 2009, mediante al cual se resolvió removerlo de la función de Vicerrector de la Jornada Matutina del Colegio Fiscal Experimental "Aguirre Abad" de la ciudad de Guayaquil, al haber incumplido con lo dispuesto en los literales *a, f* e *i* del art. 20 del Decreto Ejecutivo No. 44 de 11 de septiembre de 2009. Argumentó que el acto administrativo impugnado violó su derecho a la seguridad jurídica porque fue emitido por una autoridad incompetente, viciándole al acto de nulidad. La jueza primera de tránsito del Guayas negó la acción planteada, y el accionante apeló. La Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 2 de junio de 2010, aceptó el recurso propuesto, revocando la sentencia recurrida y admitió la Acción de Protección, siendo esta última resolución motivo de la AEP.

3. Argumentos de la accionante. La accionante indicó que la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas no era competente para conocer, mediante una AEP, temas de mera legalidad. Indicó que con ello se vulneró su derecho a la seguridad jurídica y de manera conexa el derecho al debido proceso, en la garantía que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial de garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes, consagrados en los artículos 82 y 76:1 de la Constitución. Solicitó que se declare la vulneración de los derechos indicados, que se deje sin efecto la sentencia de 2 de junio de 2010 y que quede vigente el Acuerdo Ministerial No. 368-9 de 16 de septiembre de 2009.

4. Relevancia constitucional del acto administrativo. Para la CC la acción de protección tiene como objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, que se podrá interponer cuando existe violación de derechos constitucionales. Por ende, es obligación del Juez constitucional que conoce las acciones, verificar la vulneración de derechos constitucionales, puesto que la finalidad es reparar el daño ocasionado. Según la CC, la sala Juzgadora hizo su análisis argumentativo, tomando como referencia el acto administrativo impugnado, cuando la vulneración de un derecho constitucional no puede nacer de la interpretación de normas infraconstitucionales que no estén directa y estrechamente conectadas con el contenido del derecho que se estima vulnerado, como ocurre en el caso del análisis de las normas aplicadas para la separación del vicerrector, que acarrearían la nulidad del acto, por cuanto lo que sostiene la Sala de la Corte Provincial es que el acto administrativo fue expedido por el Ministro de Educación, cuando el órgano competente era la Comisión de Defensa Profesional Regional, según el art. 33 inciso segundo de la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio. Es un tema, según la CC, de nulidad de acto administrativo. Por tanto, concluye que la expedición de un acto administrativo interesa a la jurisdicción constitucional, en tanto constituya la fuente de una situación

violatoria a derechos constitucionales. En definitiva, interesa su consecuencia, no el acto en sí mismo.

5. Dimensión legal del derecho vulnerado. La CC, en su sentencia No. 001-16-PJO-CC, caso No. 0530-10-JP, señala que: "... existen circunstancias en las que si bien la persona considera que se han afectado sus derechos, la conducta denunciada no ataca directamente a la faceta constitucional del mismo, sino que el derecho ha sido quebrantado en su dimensión legal, que si bien tiene siempre un trasfondo constitucional, pues todos los derechos se encuentran garantizados en la Constitución, no reclama la misma urgencia ni el mismo grado de celeridad que si se tratara de un derecho constitucional." Con ello enfatiza, además, que hay vías en la justicia ordinaria para garantizar esos derechos, en la dimensión legal y no en la constitucional. Por ello la CC ratifica que la pretensión de la acción de protección no era de aquellas que podía tutelarse mediante la garantía jurisdiccional.

6. Incompetencia y acto administrativo. El señor Alfredo Plutarco Torres Mora propuso la acción de protección con el objeto de que a través de ella se suspenda definitivamente los efectos jurídicos del Acuerdo Ministerial No. 036809 del 16 de septiembre de 2009, argumentando temas de competencia respecto a la imposición de sanciones en su contra como vicerrector de una institución educativa perteneciente al sistema público. Sostuvo que la entidad que emitió el Acuerdo Ministerial (Ministerio de Educación) carecía de competencia para hacerlo por cuanto la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio, en su art. 33 inciso segundo, otorgaba esa competencia a la Comisión de Defensa Profesional Regional. Para la CC la pretensión del accionante no configuró una vulneración de derechos constitucionales que pudiera ser tutelada por medio de una acción de protección, puesto que la intención del accionante era que se declare la nulidad de un acto administrativo, por supuesta violación de normas infraconstitucionales relacionadas con la competencia para la emisión del acto.

7. Decisión. La CC declaró la vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República, aceptó la AEP y, como medidas de reparación integral, dispuso: 1. Dejar sin efecto la sentencia dictada el 2 de junio de 2010, por los jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la acción de protección No. 7662009 y 2. Dejar en firme la sentencia del 8 de diciembre de 2009, emitida por la jueza del Juzgado Primero de Tránsito del Guayas, dentro de la acción de protección No. 03952009, es decir dejar con plena vigencia el Acuerdo Ministerial No. 036809 del 16 de septiembre de 2009.

ADMINISTRATIVO

ACCIONES CONSTITUCIONALES EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Antecedentes. En sentencia No. 006-17-SEP-CC, dentro del caso No. 1445-13-EP, la CC negó una acción extraordinaria de protección (AEP) y declaró la inexistencia de vulneración de derechos constitucionales, así como la inconstitucionalidad del séptimo inciso del artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que establecía, hasta antes de su inconstitucionalidad, lo siguiente: "Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley". La AEP fue planteada por la señora Ana Concepción Álvarez Medina, representante legal de Autoridad Portuaria de Esmeraldas, en contra de la sentencia dictada el 11 de julio de 2013 por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, dentro del recurso de apelación en la acción de protección N.° 350-2013. Previamente, el 7 de marzo de 2013, la Autoridad Portuaria de Esmeraldas había declarado la terminación unilateral de un contrato y, encontrándose en la etapa de liquidación de una obra pública, emitió un oficio por medio del cual dio a conocer a un contratista la elaboración del informe de liquidación final de la obra. Otorgándole, asimismo, diez días a fin de que cancelara los valores correspondientes a la liquidación de la referida obra, sin señalar un monto específico. Frente a esto, el contratista presentó una acción de protección en contra de la Autoridad Portuaria de Esmeraldas, impugnando el acto administrativo contenido en el oficio y solicitando medidas cautelares a fin de suspender los efectos de dicho acto. Luego de

perder en las instancias siguientes, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas finalmente aceptó un recurso de apelación y revocó la sentencia subida en grado, dejando sin efecto el oficio del 7 marzo de 2013. Parte de los argumentos esgrimidos por la Autoridad Portuaria, en la acción de protección y en la subsiguiente acción extraordinaria de protección, fueron que la pretensión del contratista al momento de presentar la acción de protección fue la de evitar el cobro de las garantías por buen uso de anticipo y fiel cumplimiento del contrato de obra del Puerto Artesanal Pesquero de Esmeraldas, cobro que, a consideración de la accionante, no le generaba ningún perjuicio económico al contratista ya que ese dinero fue entregado por la entidad pública durante el desarrollo de la obra y como tal le pertenecía al Estado. Asimismo, argumentó que la Autoridad Portuaria de Esmeraldas, como toda institución pública, era sujeto de derechos subjetivos constitucionales y como tal, no debía soportar en su contra ningún trámite o acción legal que menoscabase sus derechos.

2. Acciones constitucionales en procesos de contratación pública. La prohibición establecida en el séptimo inciso del artículo 102 de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública tuvo un minucioso análisis por parte de la Corte antes de ser declarada inconstitucional. En efecto, la CC consideró que de éste artículo se desprendía que la restricción a las acciones constitucionales estaría justificada por parte del legislador en el hecho de que existirían mecanismos de defensa adecuados y eficaces previstos en la ley para proteger los derechos derivados de procesos de contratación pública. Sin embargo, la Corte insistió en que así existan vías judiciales que sirvan para impugnar actos de autoridades públicas no judiciales, estas vías ordinarias no son adecuadas para declarar y reparar una violación a derechos constitucionales. Por consiguiente, mantener la norma en análisis tal como estaba concebida, implicaría volver a esquemas superados por el constitucionalismo ecuatoriano, como el carácter residual del extinto recurso de amparo constitucional, en

razón del cual era necesario agotar las vías ordinarias en aras de poder argumentar su no idoneidad e ineficacia al momento de que cualquier ciudadano exigiese el respeto y protección de derechos constitucionales.

3. Restricción legal no razonable. La CC estimó que la restricción de acciones constitucionales contemplada en la norma no tenía una justificación razonable, pues con base en su propio contenido se podía colegir un desconocimiento por parte del legislador de la naturaleza y objeto de las garantías jurisdiccionales y, dentro de ellas, específicamente a la acción de protección consagrada en el artículo 88 de la Constitución de la República. Ya que al establecerse de forma general la existencia de vías adecuadas y eficaces para impugnar cualquier actuación del Estado en materia de contratación pública, se omitía el principio de sujeción de todos los poderes públicos a los principios, reglas y derechos de la Constitución establecido en el artículo 426 de la Carta Suprema y se le negaba al ciudadano la posibilidad de hacer uso de ésta vía como único medio adecuado y eficaz para, de forma directa, y bajo los principios de acceso a la justicia y máxima eficacia de los derechos fundamentales, conocer y resolver la vulneración de derechos y en consecuencia, reparar integralmente el daño cuando este se causa efectivamente. En tal virtud, consideró que la restricción no guardaba armonía con los preceptos constitucionales establecidos en los artículos 75, 86, 88 y 426 de la Constitución de la República y por tanto su contenido debía ser eliminado del ordenamiento jurídico conforme lo previsto en el artículo 436 numeral 3 de la Constitución de la República.

DERECHOS SOCIALES

DERECHOS A LA VIVIENDA Y A LA IGUALDAD MATERIAL *vs.* FORMALIDADES LEGALES

1. Antecedentes. Mediante sentencia No. 344-16-SEP-CC, en el caso No. 1180-10-EP, publicada en el R.O. 889 (s) del 24 de noviembre de 2016, la Corte Constitucional (CC) aceptó la Acción Extraordinaria de Protección (AEP) propuesta por María Mercedes Zumba Morocho, en contra de la sentencia de 8 de julio de 2010, dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, dentro de una acción de protección. Se aceptó la AEP por haberse vulnerado los derechos constitucionales al debido proceso, en la garantía de la motivación, a la igualdad material y a una vivienda digna y adecuada.

2. Antecedentes fácticos de familia en extrema pobreza. El 30 de abril de 2010, funcionarios del MIES Cañar, dirigieron una comunicación Directora Provincial del MIDUVI de Cañar, en la que exponían que en la comunidad de Caguanapamba de la provincia de Cañar, la señora María Mercedes Zumba Morocho, adulta mayor de 80 años, vivía junto con 3 nietas y nieto, menores de edad, huérfanos tras la muerte de su madre. Además, indicaron que la familia en mención vivía "... en una situación por demás deplorable, en una vivienda en situación de riesgo prácticamente inhabitable (…) estando en riesgo su vida, su integridad física y su salud". Señalaban la madre fallecida, fue propietaria de dos lotes de terreno, en donde se encontraba edificada la vivienda antes descrita, por lo que éstos serían hereda-

dos por sus hijos. Por tal motivo, solicitaron se realice una inspección a la vivienda para que se considere otorgar el bono de la vivienda en su beneficio. El 26 de mayo de 2010, en respuesta se emitió el criterio de que el INFA debía efectuar el trámite de legalización de los inmuebles a nombre de los menores de edad, ante el juez de lo civil, de conformidad con el Reglamento que Norma el Sistema de Incentivos para Vivienda Rural y Urbano Marginal.

3. Acción de protección denegada para aplicar un Reglamento. Ante la negativa del bono de vivienda, la Sra. María Mercedes Zumba Morocho presentó una acción de protección solicitando se tutelen sus derechos constitucionales a la vivienda digna, igualdad y no discriminación, ya que los integrantes de su familia pertenecían a dos grupos de atención prioritaria; el juez noveno de lo civil del Cañar-Tambo, en sentencia dictada el 11 de junio de 2010, declaró con lugar la acción, dejando sin efecto el oficio No. MIDUVIDPDTCAÑAR2010327, de 26 de mayo de 2010, suscrito por la directora provincial de Cañar del MIDUVI, y dispuso a dicha funcionaria que "atienda, de manera urgente y con carácter excepcional, el requerimiento de bono de la vivienda de la accionante por considerar se había vulnerado el derecho constitucional a la vivienda". La directora provincial de Cañar MIDUVI apeló la decisión y la Sala de lo Civil, Laboral y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, mediante sentencia de 8 de julio de 2010, aceptó el recurso de apelación y en consecuencia, revocó la sentencia subida en grado, bajo el argumento que la respuesta dada por la funcionaria del MIDUVI se orientó a solicitar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Reglamento, precautelándose la seguridad jurídica, sin vulnerar ningún derecho constitucional.

4. Fallecimiento de la accionante. La accionante en la fase de sustanciación del caso falleció. La CC señaló que la LOGJYCC, en su artículo 15, establece, de manera expresa, las formas para terminar un proceso constitucional. Entre ellas no se encuentra

el deceso de la accionante que, per se, no impide la resolución de la causa mediante la respectiva sentencia.

5. Test de Motivación: Razonabilidad, lógica y comprensibilidad. La sentencia de 8 de julio de 2010 a las, dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, vulneró, según la CC el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación (art. 76:7:1 de la Constitución), al no cumplir con el siguiente test: a) Razonabilidad: Si bien en la sentencia se citan disposiciones constitucionales, las mismas se limitan a la competencia para conocer el caso, la naturaleza del Estado Ecuatoriano como Estado constitucional de derechos y justicia y la norma constitucional que reconoce la seguridad jurídica, dejando por fuera normas indispensables que se encuentran presentes en este caso, como son los artículos 11 numeral 4, 66, 33 y 35 que se refieren a la igualdad material, el derecho a la vivienda y los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, que fueron alegados como vulnerados, lo que hubiese resultado indispensable para su argumentación y objeto de la acción misma; b) Lógica: No existe coherencia entre las premisas normativas y fácticas con la conclusión dado que en la sentencia se limitan a describir de manera reiterada hechos que constan en la demanda y en la contestación, y se hacen propias las alegaciones de la entidad accionada, concluyendo erradamente que la accionante está en igualdad de condiciones y que debe cumplir normativa; y, c) Comprensibilidad: Demostrado que la sentencia adolece de inconsistencias, más allá de la terminología utilizada, resulta confusa, y, por ende, no es clara, completa y menos entendible.

6. Derecho a la igualdad material. La Constitución reconoce la igualdad material en el art. 11:2 en el tercer inciso, cuando señala: *"El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad".* Por ello, la CC enfatiza que todos los jueces que se hallen en conocimiento de causas en

las que se alegan situaciones fácticas que hacen sospechar un estatus de desigualdad que podría amenazar el derecho a la igualdad material, en su rol de garantes de los derechos constitucionales reconocidos en la Constitución, están en la obligación de hacer un análisis minucioso que permita concluir si la situación de desigualdad fáctica es o no real; y, de demostrarse tal desigualdad, están en la obligación de disponer medidas de acción afirmativa o políticas públicas que promuevan el ejercicio de los derechos en situación de igualdad. En el caso concreto hay 3 circunstancias fácticas, se trata de una adulta mayor en situación de pobreza extrema que tiene a cargo a niños. La adulta mayor y los niños se encuentran en grupos de atención prioritaria protegidos por la misma Constitución (arts. 35, 36, 38, 44), así como en los instrumentos internacionales, que reconocen el derecho a una vida digna, vivienda y atención especializada en casos de extrema pobreza. Con lo señalado, la CC concluyó que la Sala Juzgadora contaba con "elementos suficientes para advertir la situación de desigualdad, en la que se encontraba la accionante, y al invisibilizar su realidad vulneró el derecho a la igualdad material.

7. Derecho a la vivienda. La CC define al derecho a la vivienda como uno de los derechos del buen vivir, reconocidos a todas las personas, cuyo cumplimiento le corresponde al Estado, de una manera positiva –ayudando y encausando recursos y esfuerzos– y de una negativa –de no realizar conductas que puedan menoscabar su efectivo goce–. En el caso concreto, al no dar facilidades de cumplir con la política pública por formalidades que no eran necesarias a un grupo de atención prioritaria se ha vulnerado este derecho. Adicionalmente, la CC señala que si el postulante al bono de vivienda es una de las personas perteneciente al grupo de atención prioritaria previsto en el art. 35 de la Constitución, cuyos ingresos sean menores a un salario básico, no importa que a la fecha de postulación, no cuenten con título de propiedad a su nombre, debidamente inscrito, sino que dicha postulación deberá aceptarse y atenderse favorablemente de ma-

nera inmediata, como en el caso suponía que en lugar del nombre de la madre fallecida, conste el de los hijos en el título de propiedad.

8. Decisión. La CC aceptó la AEP y declaró vulnerados los derechos constitucionales al debido proceso, en la garantía de la motivación, a la igualdad material y a una vivienda digna y adecuada, dejó en firme la sentencia del Juez de primera instancia que concedió la acción de protección a la Sra. Mercedes Zumba y dispuso un acto de disculpas públicas que debe realizar el MIDUVI.