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

Venta y Distribución

CEVALLOS®
LIBRERÍA • JURÍDICA

@cevalloslibreria
ventas@cevalloslibreriajuridica.com
@CevallosLib
0987 267 921

- 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

Hanns Seidel Stiftung
Ecuador

www.fhs.ec

CAD
Corporación Autogobierno y Democracia

www.cad.org.ec

CEVALLOS®
EDITORA • JURÍDICA

Quito - Ecuador
2020

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
info@cevalloseditorajuridica.com

Revisión y Corrección Ortográfica
Staff Cevallos editora jurídica

Impresión
FR Ediciones

Debate Constitucional con Jurisprudencia 2020
Edición a cargo de: Luis Fernando Torres

ISBN 13: 978-9942-794-21-5

Edición: Enero, 2020
Tirada: 500 ejemplares

TABLA DE CONTENIDO

Presentación 9

« Estudios, Monografías y Ensayos

1. Constitucionalidad de las reformas al COGEP
Luis Fernando Torres 13

2. Aplicación del hábeas corpus preventivo dentro de nuestro ordenamiento jurídico
César Robles Abarca 29

3. El derecho a la resistencia y el cometimiento de infracciones penales: Análisis epistemológico jurídico y político
Daniel Núñez Bucay 39

4. Problemática jurídica de la ley indígena, en la competencia de la justicia ordinaria, como base sentencia "Caso La Cocha"
Henry Villena Jarrín 47

5. Principio de interculturalidad en el juzgamiento de delitos sexuales perpetrados en mujeres indígenas
Mónica Paola Delgado *57*

6. El derecho de alimentos al conviviente en unión de hecho
Germán Casanova Borja 67

7. Diferencias y semejanzas entre la extorsión y el abuso de la confianza en la legislación ecuatoriana
Marcelo Calderón Lara 81

8. La carga dinámica de la prueba en los procesos no penales
Pablo Silva Mejía 95

9. Los medios de impugnación en el proceso civil oral
Andrea Hidalgo Miranda 109

«Legislación»
Álvaro Sánchez Solís *(Sistematización)*

1. Código de Comercio 123
2. Reformas al COGEP 125
3. Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Comunicación
. 127
4. Ley Derogatoria al Impuesto Ambiental a la Contaminación Vehicular (Impuesto Verde) 129
5. Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores 131
6. Ley Orgánica de Eficiencia Energética 133
7. Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo 135

«Jurisprudencia»
Álvaro Sánchez Solís *(Sistematización)*

1. Matrimonio igualitario: fraude constitucional (Voto Salvado)
. 139
2. Matrimonio Igualitario: Constitución Axiológica
(Voto Concurrente) 143
3. Matrimonio Igualitario y manipulación de objeto consultado (I)
. 151
4. Matrimonio Igualitario: Aplicación arbitraria de la
proporcionalidad (II) 155
5. Matrimonio Igualitario: Constitución elástica,
bloque constitucionalidad e interpretación evolutiva (III) . 161

6. Matrimonio Igualitario: Efectos de la sentencia, adecuación legislativa, control convencional y votos concurrentes (IV) 167
7. Matrimonio Igualitario: Opinión consultiva de la Corte Interamericana 24/17 171
8. Estado no es titular de Derechos Constitucionales derivados de la Dignidad 175
9. Hábeas corpus. Reparación integral es derecho constitucional 179
10. Restricciones y limitaciones justificadas de derechos y eliminación del CPCCS y creación del Senado 183
11. Competencias extraordinarias en la transición del Consejo de Participación 187
12. Doble juzgamiento administrativo y penal. Informe Previo de Contraloría en peculado y enriquecimiento ilícito 191
13. Notificación efectiva en sanciones pecuniarias por infracciones de tránsito 195
14. Jurisdicción voluntaria, citación y título de propiedad 199
15. Chevron, la casación en Holanda y la tutela judicial efectiva 203
16. Acción Afirmativa. Concursos para Jueces 207
17. Intangibilidad de prestaciones para jubilados del IESS . . . 213

PRESENTACIÓN

Por undécimo 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 ensayos y estudios, se publican temas relacionados con la constitucionalidad de las reformas al COGEP, la aplicación del hábeas corpus preventivo, el derecho a la resistencia, la problemática jurídica de la ley indígena, el principio de interculturalidad, el derecho de alimentos al conviviente en unión de hecho, las diferencias y semejanzas entre la extorsión y el abuso de confianza en la legislación, la carga dinámica de la prueba en procesos no penales y los medios de impugnación en el proceso civil oral.

En la sección de legislación se difunden comentarios de varias leyes aprobadas por la Asamblea Nacional durante el año 2019.

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, monografías y ensayos

I

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS AL COGEP

Luis Fernando Torres Torres[1]

1. **ANTECEDENTES**. La CC se pronunció sobre las objeción presidencial parcial, por inconstitucionalidad material de las reformas al COGEP, aprobadas por la Asamblea Nacional, en segundo debate, el 2 y el 16 de octubre de 2018, mediante Dictamen No. 003-19-DOP-CC, de 14 de marzo de 2019, dentro del Caso No. 0002-19-OP, así como sobre la objeción total presidencial por inconstitucionalidad formal. La Asamblea aprobó 80 regulaciones normativas, en 70 artículos, 4 disposiciones transitorias, 4 disposiciones reformatorias, 1 disposición derogatoria y 1 disposición final. De las 50 objeciones efectuadas por el Presidente, el 14 de noviembre de 2018, la CC declaró que procedía la objeción material de inconstitucionalidad de 11 disposiciones normativas. Según el Art. 139, en concordancia con el Art. 132, numeral 2, de la LOGJCC, la Asamblea debe enmendar, de las 11 normas, aquellas susceptibles de ser enmendadas para adecuarse a los términos previstos en el Dictamen, antes de la sanción presidencial. Declaró, además, que no procedía la objeción material de 38 disposiciones. Y no se pronunció acerca de la objeción de la Disposición Reformatoria Cuarta, dejándola en una especie de limbo jurídico. En consecuencia, autorizó que se proceda con el trámite parlamentario pertinente de pro-

1. Profesor de maestría de derecho procesal constitucional. Abogado litigante. Presidente de TorresCobo Abogados. Presidente de la CAD F.A.Hayek. Coautor de varias reformas del COGEP. ExAsambleísta.

mulgación tanto de las 30 Disposiciones no objetadas por el Presidente como de las 38 que la CC no aceptó la objeción de inconstitucionalidad material. La objeción total por inconstitucionalidad de forma fue rechazada. La Corte tramitó las objeciones presidenciales de acuerdo con los artículos 139 y 438, numeral 3, de la Constitución, 75, numeral 2, 131 y 132 de la LOGJCC, y 89 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la CC. Habiendo dado cumplimiento al Dictamen de la CC, la Ley Reformatoria fue "aprobada" por la Asamblea Nacional, el 16 de abril de 2019, con los respectivos cambios, antes de ser publicada en el R.O. 517 (S), de 26 de junio de 2019, sin contar con otro pronunciamiento presidencial.

2. **DEBIDO PROCESO LEGAL Y DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL**. La CC perfila el contenido y alcance del Art. 76 de la Constitución para establecer los parámetros de cualquier declaratoria de inconstitucionalidad de las reformas al COGEP. Recuerda que el Estado es responsable por la violación de los principios y reglas del debido proceso, según el Art. 11, numeral 9, de la Constitución. Determina la existencia de 20 garantías del debido proceso en el Art. 76, de las cuales 7 son generales y 13 específicas del derecho a la defensa, relacionadas, todas ellas, con los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, establecidos en los artículos 75 y 82 de la Constitución. Si una norma de procedimiento afecta, altera o invade el contenido esencial del derecho al debido proceso, en la garantía de defensa y contradicción, se convierte en inconstitucional por violar el debido proceso constitucional, y, además, vulnera la tutela judicial y la seguridad jurídica. Si se circunscribe al debido proceso legal y, por lo tanto, no afecta el contenido esencial del derecho, no hay razón para declararla inconstitucional.

Por ejemplo, dice la CC, "una norma procesal es constitucional cuando implica una regulación procedimental que desarrolla el contenido fundamental del debido proceso constitucional material en el ejercicio de las acciones", del doble conforme, impidiendo que se genere un estado de indefensión. La CC, en todo caso, deja en claro que la afectación al derecho no se configura de manera abstracta o abierta sino concreta y específica. No basta una alegación general. Es ineludible que se identifique el modo en que se presenta la violación.

3. **LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA E INCONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA**. La Asamblea Nacional tiene un límite al legislar, esto es, el contenido esencial de los derechos constitucionales, como establece el Art. 11, numeral 4, de la Constitución. No por ello carece de discrecionalidad legislativa. La esfera legislativa es amplia, eso sí, sin competencias ilimitadas. En cuanto a la objeción por inconstitucionalidad formal, la CC dice que la corrección del error tipográfico en tres líneas de uno de los 80 artículos de la reforma al COGEP, realizada por el Pleno de la Asamblea, el 18 de octubre de 2018, dos días después de la aprobación, está dentro de los mecanismos de corrección de los que dispone el órgano legislativo, además que no afecta el trámite de formación normativa ni incide de forma gravitante en la validez de la norma, según el Art. 76, numeral 7, de la LOGJCC. La CC deja abierta la posibilidad que se pueda demandar la inconstitucionalidad por la forma dentro del año de entrada en vigencia, conforme el Art. 78, numeral 2, de la LOGJCC.

4. **NORMAS INCONSTITUCIONALES EN LAS REFORMAS AL COGEP**. La CC confirmó la inconstitucionalidad de 11 normas objetadas por el Presidente de la República, dejándole a la Asamblea la opción de reformular los textos

solamente en 8 objeciones: A) Art. 11 del Proyecto de Reformas que modifica el inciso tercero del Art. 56 del COGEP, debiéndose eliminar del texto normativo, según la CC, la frase que lleva a la equivocada conclusión que el domicilio del demandado se encuentra en el extranjero por el hecho que "ha realizado un trámite en el exterior". B) Art. 16 del Proyecto que reforma el numeral 1 del Art. 87 del COGEP, debiéndose reformular sólo la primera parte para que se suspenda la audiencia, cuando comparece la parte sin abogado, garantizándose la "asistencia letrada". C) Art. 18 del Proyecto que reforma el Art. 137 del COGEP, debiéndose eliminar la pensión de manutención, cuyo no pago da lugar al apremio personal, dado que la Sentencia No. 012-17-SIN-CC, de 10 de mayo de 2017, que desarrolla el Art. 18, se refiere sólo a pensiones alimenticias. La CC critica la precipitada ponderación de bienes hecha por la Asamblea, cuando lo correcto era aplicar el principio de unidad de la Constitución. Cuando se restringen o anulan derechos, como ocurre con el apremio personal, la interpretación debe ser restrictiva. D) Art. 46 del Proyecto que incorpora el recurso de revisión, a continuación del Art. 288 del COGEP, sin posibilidad de enmienda o reformulación del texto, en consideración que, al final, se acepta la objeción de todos los artículos que introducen el recurso de revisión y no se deja margen para reformulaciones ni enmiendas. E) Art. 48 del Proyecto que reforma el Art. 294, numeral 4, del COGEP, debiéndose reformular el texto para que no conste en la parte final. F) Art. 49 del Proyecto que reforma el numeral 1, del Art. 304 del COGEP, debiéndose reformular el texto para que los legitimados pasivos, en demandas en contra de entidades estatales, puedan ser tanto sus máximas autoridades o representantes legales como los funcionarios de quienes se derive la actuación impugnada, en función del principio in dubio pro actione. G) Art. 52 del Proyecto que reforma el Art. 317 del COGEP,

debiéndose reformular el texto para que se aseguren los principios de los artículos 227 y 286 de la Constitución, a fin de que no se suspenda la ejecutividad del título de crédito con la sola presentación de la acción contenciosa. H) Art. 53 que modifica el Art. 324 del COGEP, debiéndose reformular el texto en el mismo sentido que en el Art. 52 del Proyecto para que no se suspendan las acciones de cobro tributarias con la presentación de la acción contencioso tributaria. I) Art. 54 que reforma el Art. 329 del COGEP, debiéndose reformular el texto para que la ejecutividad de los actos administrativos no dependa de que sean firmes ni se hallen ejecutoriados. J) Disposición Transitoria Cuarta, sin posibilidad de reformulación, para que no se vuelvan a presentar demandas declaradas en abandono. K) Disposición Derogatoria Primera, sin posibilidad de reformulación, para que los actos administrativos se ejecuten, sin necesidad de que sean firmes o se hallen ejecutoriados.

5. **RECURSO DE REVISIÓN**. A pesar que la CC no cuestiona todas las normas incorporadas en el recurso de revisión, concluye que el recurso, tal como está planteado, no cuenta con apego constitucional estricto. Los reparos de la CC se resumen en lo siguiente: A) En la primera causal no se exige una sentencia ejecutoriada que demuestre los hechos inverosímiles, mientras las causales segunda y tercera sí exigen sentencias ejecutoriadas, por lo que las causales no cuentan con coherencia interna. Es un reparo deleznable dado que las causales son completamente independientes entre ellas. B) Es exhorbitante que el recurso de revisión pueda presentarse dentro de 10 años de ejecutoriada la sentencia. Sin embargo, es el tiempo de las prescripciones de las acciones judiciales. C) No se establece un procedimiento de calificación del recurso. Tanto en el reparo anterior sobre el plazo, como en éste la CC debió abrir la posibilidad a una reformulación. D) Existe impre-

cisión en los parámetros de la reparación integral. En la jurisprudencia nacional e internacional tales parámetros se encuentran señalados y han sido aplicados en el Ecuador. E) La reforma incumple con la razonabilidad, al imponer un tratamiento injustificado para los justiciables que han obtenido una sentencia, al perder ésta la fuerza de la cosa juzgada, despojándosele de inmutabilidad a la decisión judicial. Este último reparo de la CC no es concordante con lo que dice del recurso de revisión cuando afirma que este recurso, en materias no penales, no es en sí mismo inconstitucional, por tratarse de un recurso extraordinario. El Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal recuerda que está consagrado en legislaciones como las de Colombia, Uruguay, Chile, Costa Rica y España. Lo interesante del razonamiento de la CC es que no dice que la acción de nulidad de sentencia, prevista en el Art. 112 del COGEP, es una alternativa a la ausencia del recurso de revisión.

6. **ESTATISMO PROCESAL**. Las reformas al COGEP tienen como eje rector la terminación del estatismo procesal, en materias no penales, a fin de que exista igualdad procesal entre las entidades estatales y el ciudadano. Una de las características de la legislación desarrollada, entre el 2007 y el 2017, fue el reforzamiento procesal de todo lo que favorezca al Estado, para que actúe y litigue con ventaja frente al ciudadano. La CC, en su Dictamen, demuestra una actitud ambivalente. En unos casos, protege al ciudadano y, en otros, consolida el estatismo procesal. Al aceptar la objeción por inconstitucionalidad de los artículos 52 y 53, que reforman los artículos 317 y 324, respectivamente, reforzó el poder coactivo estatal por obligaciones tributarias y no tributarias, al impedir que se suspendan los cobros, a menos que existan consignaciones y cauciones, bajo el argumento que no se pueden soslayar los principios de eficacia de la administración pública, financiación

del gasto, contemplados en los artículos 227 y 286 de la Constitución, así como el principio de suficiencia recaudatoria establecido en el Art. 300. Se olvida la CC que ella misma, ante el abuso estatal en materia de cobros de obligaciones tributarias por la legislación revolucionaria imperante a partir del 2007, tuvo que modular el monto de la caución, a fin de precautelar el derecho de acceso a la justicia (Sentencia No. 014-10-SCN-CC, R.O. 256 (S2) 12-08-2010). Al aceptar la objeción por inconstitucionalidad del Art. 54 y de la Disposición Derogatoria Primera, en relación con la reforma del Art. 329 del COGEP, destroza el principio de que los actos administrativos deben ser ejecutables desde que son firmes o se hallan ejecutoriados. Según la CC, con una visión estatista y arcaica del derecho administrativo, los actos administrativos son ejecutables desde que son dictados por la autoridad administrativa. Cita el Art. 3 del COA, que nada tiene que ver con la ejecutoriedad de los actos. Invoca la presunción de legitimidad y ejecutoriedad y la noción de validez de los actos administrativos, que no resultan afectados por el hecho de que se exija firmeza en el acto, por haberse agotado los medios de impugnación en la vía administrativa, o, que se encuentre ejecutoriado, por no existir pendiente impugnación administrativa o judicial que resolver. El Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal dice que difícilmente se observa inconstitucionalidad en la reforma al equiparar a la Administración y al Administrado dentro del sistema procesal. En todo caso, la CC hace caso omiso de la reflexión del Presidente sobre causar estado y firmeza del acto. En Disposición Derogatoria Primera de la Ley APP, del año 2015, se eliminó del Art. 329 del COGEP, el principio de que los actos administrativos son ejecutables desde que son firmes. La inconstitucionalidad presidencial, confirmada por la CC, es una invención para reforzar el estatismo procesal. Al rechazar la objeción al Art. 55 del

Proyecto, que reforma el Art. 330 del COGEP, la CC fortalece la posición del administrado, al permitirle que solicite al juez, en la demanda, que suspenda el acto administrativo que pueda ocasionar daños irremediables, y, citando una sentencia de la Corte Constitucional Colombiana (T-006/1995), establece las características distintivas del perjuicio irremediable: amenaza de daño inminente, necesidad de respuesta urgente, perjuicio grave e impostergable la medida judicial solicitada para la tutela transitoria de derechos fundamentales. Al no pronunciarse la CC sobre la objeción presidencial a la Disposición Reformatoria Cuarta, la objeción no se aplica y la disposición queda como tal. Para que la objeción presidencial por inconstitucionalidad se aplique, la CC debe aceptarla. Al no ser una norma reformatoria de un texto del COGEP, con antecedente y consecuente, sino una norma declarativa que habilita la presentación de quejas en contra de conjueces de la CNJ por inadmisiones abusivas de recursos de casación, debe promulgarse en el Registro Oficial. Sin embargo, en la versión publicada en el R.O. 517 (S), de 26 de junio de 2019, no se encuentra la disposición. El Art. 2 del Proyecto, que reforma el Art. 10 del COGEP, constituye un avance en beneficio del administrado sobre el lugar en el que se radica la competencia en demandas en contra del Estado.

7. **TUTELA JUDICIAL**. Las tres fases de la tutela judicial se encuentran dentro de las reformas al COGEP, esto es, el acceso, el litigio y la sentencia. En todo caso, una de las finalidades del Proyecto de reformas al COGEP es la de garantizar el acceso a la justicia de los actores y demandados, así como de aquellos que interponen recursos, como el de casación, a fin de que las demandas, contestaciones, reconvenciones, apelaciones y casaciones, no sean inadmitidas ni archivadas. El abandono y la comparecencia en audiencias son objeto de importantes avances para que los

litigantes no vean menoscabados sus derechos. Se disminuye significativamente el poder de los jueces para inadmitir y archivar demandas, contestaciones y reconvenciones en los artículos del Proyecto 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 33, 47, 50, 51, 59, 66 y Disposición Reformatoria Primera, que reforman los artículos del COGEP 146, 148, 148, 151, 153, 156 (159), 157, 160 (163), 236, 294, 306, 308, 333 y 351, así como el Art. 195 del Código de Trabajo. Cambian los efectos del abandono en los artículos del Proyecto 34, 35, 36, 37 y Disposición Transitoria Cuarta, que reforman los artículos 245, 247, 248 y 249 del COGEP. El recurso de apelación es objeto de cambios relevantes en los artículos del Proyecto 38, 39, 40, y 41, que reforman los artículos 256, 257, 258 y 263 del COGEP. El recurso de casación no pierde su condición de extraordinario, aunque se lo vuelve más accesible y se disminuye el poder de los conjueces sobre su competencia para admitirlo, en los artículos 42, 43, 44, 45, Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera del Proyecto, que, a su vez, reforman los artículos 266, 270, 273 y 283 del COGEP. Se establecen, con claridad, las vías judiciales y administrativas para hacer valer pretensiones sobre facturas, honorarios, despidos de embarazadas, particiones voluntarias, divorcios, en los artículos del Proyecto 56, 57, 58, 63, 65, Disposición Reformatoria Tercera, que reforman los artículos 332, 333, 334 y 350 del COGEP. Se mejora el sistema de notificaciones y citaciones, a las partes dentro de un contrato, en el extranjero, a los demandados desconocidos, a los herederos desconocidos, a la Procuraduría del Estado, en los artículos del Proyecto 1, 10, 11, 12, 13, 15, que reforman del COGEP los artículos 9, 55, 56, 58, 60, 68. Se aclara lo que ocurre en las audiencias cuando comparece la parte y no su defensor, el rol de los procuradores judiciales, los debates, en los artículos del Proyecto 3, 7, 8, 9, 30, 32, 61, que reforman los artículos 16, 36, 42, 43, 166 (181), 234, 333, del COGEP.

Sobre pruebas se introducen cambios en el acceso a ellas, las declaraciones testimoniales urgente, las copias simples en juicios contenciosos administrativos y tributarios, la prueba de gran volumen, el debate probatorio y los llamados títulos de ejecución, como la hipoteca cerrada, que se puede ejecutar por la vía de apremio y no por la vía ejecutiva, en los artículos del Proyecto 17, 28, 29, 31, 60 y 68, que reforman los artículos 122, 169, 204, 333 y 363 del COGEP. Se reconoce, en el Art. 67 del Proyecto, que reforma el Art. 360 del COGEP, el derecho a que la obligación devengue, desde la citación con la demanda, los intereses compensatorios pactados, lo que constituye una innovación frente al reconocimiento del máximo interés convencional.

8. **EL ABANDONO Y LA NUEVA DEMANDA**. En las reformas al COGEP se introdujo un cambio al Art. 249 para que se pueda presentar nuevamente una demanda después de haberse declarado el abandono, por primera vez, en primera instancia. La condición establecida para poder hacerlo es que hayan transcurrido seis meses desde que se declaró el abandono, mediante el respectivo Auto interlocutorio. Ha surgido la inquietud sobre el ejercicio de ese derecho de presentar nuevamente la demanda, cuando el abandono se lo ha declarado antes de la vigencia de la reforma, esto es, el 26 de junio de 2019. El Código Civil establece en el Art. 7, regla 20, que las normas procesales tienen efecto retroactivo cuando regulan la sustanciación y ritualidad de los juicios. La nueva demanda le permite al actor que se sustancie otro proceso. Por su parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, previsto en el Art. 75 de la Constitución, tiene como su elemento central el acceso a la justicia. Si en la reforma se incorpora un acceso directo a la justicia, con la presentación de otra demanda por el mismo actor, sobre las mismas pretensio-

nes, no puede el operador de justicia restringir el ejercicio de ese derecho constitucional ni aplicar sólo para lo futuro la nueva norma procesal, dado que ésta no se circunscribe a términos que estuvieren corriendo ni a actuaciones y diligencias ya comenzadas.

9. **LA LEY PROCESAL EN EL TIEMPO Y EL ABANDONO**. Es discutible que los jueces puedan aplicar, después de la vigencia de las reformas al COGEP, del 26 de junio de 2019, la norma derogada del Art. 245 del COGEP, publicada en el Registro Oficial No 506(S), de 22 de mayo de 2015, para declarar el abandono de procesos, en el caso que el término de los 80 días estuviera discurriendo desde antes del 26 de junio de 2019. En la reforma del COGEP, publicada en el Registro Oficial No. 517(S), de 26 de junio de 2019, se sustituyó el único inciso del Art. 245 y se añadió un segundo inciso, con una prohibición para el juez. El Art. 245 derogado del COGEP, decía: *"La o el juzgador declarará el abandono del proceso en primera instancia, segunda instancia o casación cuando todas las partes que figuran en el proceso hayan cesado en su prosecución durante el término de ochenta días, contados desde la fecha de la última providencia recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos."*. El nuevo Art. 245 del COGEP, ahora vigente, dice: *"La o el juzgador declarará el abandono del proceso en primera instancia, segunda instancia o casación cuando todas las partes que figuran en el proceso hayan cesado en su prosecución durante el plazo de seis meses contados desde el día siguiente de la notificación de la última providencia dictada y recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos o desde el día siguiente al de la actuación procesal ordenada en dicha providencia. Este plazo se contará conforme al artículo 33 del Código Civil. No se podrá declarar el abandono, transcurrido el plazo fijado en el inciso anterior, cuando se encuentre pendiente el despacho de escritos por parte del juzgador."*.

Si las dos normas sobre la misma materia procesal hubieran estado contenidas, una de ellas, en el derogado Código de Procedimiento Civil (CPC), y otra, en el COGEP, publicado en el Registro Oficial No. 506(S), de 22 de mayo de 2015, la solución se encontraba en la Primera Disposición Transitoria del COGEP, aprobada por la Asamblea Nacional únicamente para el caso de conflicto en el tiempo entre las normas del CPC y del COGEP. En el caso de conflicto en el tiempo entre las normas nuevas vigentes del COGEP y las derogadas del COGEP, tal Disposición Transitoria es inútil, dado que no regula este supuesto conflicto de leyes en el tiempo.

Para aplicar una norma legal derogada, los jueces están obligados a justificar tal decisión con un razonamiento sobre la irretroactividad de la nueva norma legal vigente, demostrando, en primer lugar, la existencia de un "conflicto" entre dos normas, única y exclusivamente en el tema de términos que discurren y diligencias y actuaciones iniciadas. En segundo lugar, justificando, en forma razonada, el fundamento jurídico para aplicar la norma derogada y dejar de aplicar la norma vigente. En tercer lugar, comprobando que no se vulneran los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía señalada en el Art. 76, numeral 1, de la Constitución, en conexión con la seguridad jurídica prevista en el Art. 82 de la Constitución, y a la tutela judicial efectiva señalada en el Art. 75 de la Constitución. Estos tres pasos son de irremediable cumplimiento para que la decisión judicial, de aplicar una norma derogada, sea motivada. Al inobservarlos, los jueces incurren en la grave infracción administrativa tipificada en el Art. 108, numeral 8, del COFJ.

En efecto, el derecho a la seguridad jurídica, establecido en el Art. 82 de la Constitución, exige que se apliquen las normas vigentes. EL COFJ, en sus artículos 9, 23, 25, 29,100: 1, les obliga a los jueces a fundamentar sus decisiones en las normas legales vigentes. La primera garantía del debido proceso, señalado en

el Art. 76, numeral 1, de la Constitución, les obliga a los jueces a aplicar la legislación vigente. El mismo COGEP, en el artículo 89, les impone a los jueces el deber de fundamentar sus decisiones en las leyes aplicables y vigentes. La Corte Constitucional, en su jurisprudencia, establece, como condición de la motivación establecida en el Art. 76, numeral 7, literal l), de la Constitución, que los jueces fundamenten sus sentencias y autos en las leyes vigentes bajo los parámetros de la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad (Corte Constitucional Sentencia No. 141-18-SEP-CC). Por último, uno de los tres componentes del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso, debida diligencia y ejecución), previsto en el Art. 75 de la Constitución, consiste en que, durante la tramitación de un proceso judicial, los jueces apliquen el derecho vigente (Corte Constitucional Sentencia No. 140-18-SEP-CC). La debida diligencia judicial, prevista en el Art. 172 de la Constitución, implica que el juez aplique el derecho vigente.

El juez que no justifica debidamente porqué deja de aplicar una norma legal vigente y, en su lugar, aplica una norma legal derogada, para computar, en forma errónea, el tiempo del abandono, también incumple la obligación de aplicar la legislación vigente, que, según los artículos 5 y 7 de Código Civil, es obligatoria, inclusive, para los jueces.

El auto interlocutorio de abandono carece de la motivación exigida en el Art. 89 del COGEP y en el Art. 130, numeral 4, del COFJ, cuando no se explica la pertinencia del Art. 245 del COGEP derogado a los antecedentes de hecho. En ese caso, en el auto no existe uno de los requisitos esenciales de los autos interlocutorios, esto es, la motivación de la decisión, prevista en el Art. 90, numeral 5, del COGEP. Lo lógico es que se pueda alegar la nulidad del auto interlocutorio de abandono en el recurso de apelación, según los Arts. 89, 109, 111 y 256 del COGEP. Sin embargo, el tercer inciso del Art. 248 del COGEP podría

frustrar esa legítima alegación de nulidad en apelación, de aplicarse literalmente ese tercer inciso en el sentido que la apelación de los autos interlocutorios de abandono solamente puede justificarse en un error de cómputo. Con una interpretación literal, como ésta, se dejaría con validez y eficacia un auto interlocutorio nulo, violándose la garantía del derecho constitucional del debido proceso, a la motivación, consagrada en el Art. 76, numeral 7, literal l), de la Constitución.

El cambio del Art. 245 del COGEP no fue una modificación de términos sino que fue mucho más allá. Cambió los términos por plazos y alineó la nueva institución procesal del abandono con el derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el Art. 75 de la Constitución. No se limitó a regular actuaciones y diligencias. En otras palabras, en el nuevo Art. 245 del COGEP, se modificó, en cierto modo, la sustanciación del proceso judicial, con un plazo distinto del antiguo término, derivándose de ello expresas prohibiciones para los jueces en materia de abandono y consagrándose especiales derechos de acción para los actores de demandas. Sobre la base de ese análisis sería posible aplicar el nuevo Art. 245 del COGEP, reconociéndole efectos retroactivos por desarrollar el derecho a la tutela judicial efectiva en toda su magnitud.

Por lo demás, el inciso primero del Art. 248 del COGEP, que determina que se declarará que ha operado el abandono una vez sentada la razón que ha transcurrido el "término", debería ser aplicable cuando han operado los requisitos fácticos del Art. 245 del COGEP vigente, no del Art. 245 derogado, a pesar que se utilice la palabra "término", en lugar de plazo o, simplemente, tiempo. En todo caso, sería muy discutible que se aplique el inciso primero del Art. 248, sobre la base del inexistente término, en días, del Art. 245 derogado del COGEP.

En el evento que existiere un pedido del actor, presentado, inclusive, fuera del término señalado en el Art. 245 derogado del COGEP, es decir, después de los 80 días, los jueces están "proscritos" de declarar el abandono, por expresa prohibición tanto del inciso segundo del Art. 248 como del inciso segundo del Art. 245 del COGEP, incisos nuevos, que entraron en vigencia con su publicación en el Registro Oficial No. 517(S), de 26 de junio de 2019. Los dos incisos conllevan una clara prohibición legal, contenida en normas prescriptivas y de conducta y no en normas de definición.

De conformidad con el Art. 245, inciso segundo del COGEP "no *se podrá declarar el abandono, transcurrido el plazo fijado en el inciso anterior, cuando se encuentre pendiente el despacho de escritos por parte del juzgador*." Por su parte, el Art. 248, inciso segundo, del COGEP dice: "*El abandono no podrá ser declarado por la o el juzgador, ni de oficio ni a solicitud de parte, luego que se haya realizado algún acto o presentado alguna petición, por cualquiera de los sujetos procesales. La o el juzgador está proscrito de declarar el abandono con efecto retroactivo*".

El legislador no distingue si las prohibiciones de los incisos segundos de los Arts. 245 y 248 del COGEP, sólo se aplican cuando el pedido se hizo antes de que fenezca el inexistente término de 80 días. En consecuencia, los jueces no pueden hacer distinción alguna. La prohibición de declarar el abandono es absoluta cuando existe pendiente de despacho un pedido de la parte procesal, sin importar cuando se lo haya hecho. Existe el principio jurídico según el cual no puede hacer distinciones el intérprete judicial cuando el legislador no las ha hecho.

Más aún, la retroactividad en el tiempo de los dos incisos segundos de los Arts. 245 y 248 del COGEP no puede ser puesta en duda, dado que no están en conflicto con ninguna norma anterior derogada, a diferencia de lo que ocurre entre el único

inciso del derogado Art. 245 y el primer inciso del vigente Art. 245. En el COGEP, antes de las reformas del 26 de junio de 2019, no había ningún inciso o norma que colisione con esas dos prohibiciones de los incisos segundos de los Arts. 245 y 248. Son normas procesales nuevas, a las que no les resulte aplicable la irretroactividad contemplada en la regla 20 del Art. 7 del Código Civil. Tampoco están sometidas a la regla 2 del Art. 163 del COFJ sobre irretroactividad de las normas legales en materia de competencia.

APLICACIÓN DEL HÁBEAS CORPUS PREVENTIVO DENTRO DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

César Gonzalo Robles Abarca[1]

1. Título

¿Es posible la aplicación del Hábeas Corpus preventivo dentro de nuestro ordenamiento jurídico?

2. Planteamiento del Problema

El presente trabajo permitirá entender el funcionamiento de la acción de hábeas corpus dentro del novedoso marco del Estado constitucional de derechos y justicia que Ecuador pregona; y, si es posible la aplicación del hábeas corpus preventivo, a través del análisis de una causa, la acción de hábeas corpus preventivo, presentado por los hermanos Roberto y William Isaías. Estableciendo los parámetros necesarios para la elaboración de un documento de análisis crítico, jurídico que evidencie si puede ser posible la aplicación del hábeas corpus preventivo, sin que viole principios constitucionales como el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.

1. Abogado, Maestrante de Derecho Constitucional.

3. Presentación del Hecho Fáctico

El Dr. Jorge Zavala Egas ejercitando acción de hábeas corpus, fundamentado en lo que prescriben los artículos 89 de la Constitución de la República, 43 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su calidad de Procurador Judicial de Roberto y William Isaías Dassum, presenta acción de hábeas corpus preventivo, ante la amenaza del ejercicio del derecho constitucional de libertad de sus mandantes, manifestando que no sólo la privación efectiva de la libertad ambulatoria de manera ilegal, arbitraria o ilegítima se encuentra protegida por la acción constitucional del hábeas corpus, también lo está cualquier "restricción" de las mismas características a su libertad que soporte cualquier persona conforme el Art. 43 y 43.1 LOGJCC), manifestando que es una modalidad de hábeas corpus que la doctrina y jurisprudencia denominan como "preventivo" en razón de su finalidad: remover la amenaza y permitir el libre ejercicio del derecho de libertad de tránsito. Amenaza que a su criterio restringe la libertad de sus poderdantes. Incorporando el hecho de que los señores Roberto y William Isaías Dassum, presentaron contra la forma y el fondo del proceso penal y de las sentencias expedidas en su contra en el Ecuador, presentada al Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) fue valorada por éste y en su Dictamen aprobado el 30 de marzo de 2016, en el punto 7.14, expresó que si bien "incumbe a los tribunales de los Estados partes evaluar los hechos y las pruebas en cada caso particular, o la aplicación de la legislación interna" esto no alcanza cuando "se demuestre que esa evaluación o aplicación fue claramente arbitraria o equivalió a error manifiesto o denegación de justicia". Adicionalmente indica que de lo resuelto por la Corte Nacional de Justicia se encuentra presentada una Acción Extraordinaria de Protección que hasta la presente fecha se encuentra sustanciándose y que por este hecho aún la sentencia condenatoria no es definitiva. En este escenario la Sala

Especializada de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas (Jueces Constitucionales), aceptan el hábeas corpus presentado, luego de la apelación presentada por la Procuraduría General del Estado y por el Juez accionado, fue conocido y revocado por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, declarando además que los jueces de corte provincial habrían cometido error inexcusable, en este proceso también interviene el Comité Ecuatoriano de Derechos Humanos y Sindicales CEDHUS (Amicus Curiae).

4. Premisas Jurídicas

El hábeas corpus preventivo fue presentado por los recurrentes fundamentándose, en lo dispuesto en el Art. 43.1 LOGJCC[2], así como en el Art. 75 CRE[3], y finalmente indica que por la interpuesta Acción Extraordinaria de Protección, constituiría una infracción al debido proceso sustantivo (due process of law) (Art. 76.1 CRE[4]), no mantener en suspenso la decisión y ejecutar la sentencia de condena con cualquier nueva medida coercitiva, actuar de esa manera sería violatorio a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que son de obligatoria aplicación en las normas que determinan restricciones a los derechos de las personas.

2. **Art. 43.-** Objeto.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona, tales como:
   1. A no ser privada de la libertad en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, protección que incluye la garantía de que la detención se haga siempre por mandato escrito y motivado de juez competente, a excepción de los casos de flagrancia.
3. **Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.
4. **Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

La Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas (Jueces Constitucionales), determinan como tema central determinar si la acción de hábeas corpus preventivo es, en consecuencia, si la expedición de órdenes privativas de libertad contra Roberto y William Isaías Dassum, por parte del juez ejecutor, sería un acto arbitrario, vale decir, atentatorio contra el principio de proporcionalidad que impera por mandato del artículo 76.1 CRE y artículo 3, numeral 2, de la LOGJCC. Al respecto consideran que la presentación de la acción extraordinaria de protección no suspende los efectos de la sentencia tachada de vulneradora de derechos fundamentales, no obstante que obliga a la tutela judicial efectiva (Art. 75 CRE) y a través de este análisis proceden a realizar un test de proporcionalidad, para determinar si es indispensable que se prive de la libertad a personas que tienen pendiente la decisión definitiva, ante jueces nacionales y supranacionales, citan jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando finalmente, que en la actualidad se reconoce que el hábeas corpus clásico abandona los límites precisos de la libertad física para tutelar derechos constitucionales conexos a la libertad, como la integridad física, la vida, etc. Terminando en manifestar que se ha establecido ya un antecedente respecto a este tipo de acción constitucional de hábeas corpus preventivo (Causa No 09124-2019-00003), que es cuando la persona o personas que solicitan, no se encuentran físicamente privados de la libertad, diferenciándose de esta manera del hábeas corpus reparador. Señalando finalmente que el preventivo se usa cuando hay una amenaza real contra la libertad física y su raíz está en el Art. 7.6 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que para el caso en cuestión encaja de modo perfecto e incuestionable.

5. Aplicación del Hábeas Corpus preventivo en nuestro ordenamiento jurídico

La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado o restringida de ella en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier otra persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas que se encuentran privadas de su libertad (Art. 89 CRE)[5].

Al hablar de ilegal, se entendería como la privación de la libertad o su restricción se ha operado cuando de por medio se haya inobservado la norma, por la cual posibilitaba aquella orden de privación de libertad; sobre la arbitrariedad, aquella se pone de manifiesto cuando la orden ha sido dictada contra la justicia, la lógica y la razón; y, una orden es ilegítima, cuando los hechos que la motivaron son falsos, es decir que de por medio no existe motivo propio alguno para disponer la privación de libertad.

En el caso concreto, la sentencia expedida el 29 de octubre de 2014, a las 16h00, por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, es una sentencia ejecutoriada, toda vez que de esta decisión no cabe recurso alguno en vía ordinaria, y que aunque se haya presentado la acción extraordinaria de protección, acorde a lo determinado en el Art. 62 de la LOGJCC[6], esta acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción; es decir, el hábeas corpus preventivo presentado busca únicamente suspender la ejecución del fallo, lo cual podría convertirse en

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

6. **Art. 62.-** Admisión.- La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; éste ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días…. La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción.

un precedente contrario a nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que en el caso de concederse, existiría una clara vulneración del principio del debido proceso, tutela judicial efectiva; y, seguridad jurídica.

Ahora bien sobre el hábeas corpus preventivo, aunque en un primer término el Art. 89 CRE, no hace alusión alguna a que pueda ser posible, porque considera que es un derecho de aquellas personas privadas de su libertad, el inciso primero del Art. 43 LOGJCC[7] abre la posibilidad de que pueda ser aceptado un hábeas corpus preventivo, es decir, una persona puede estar privada de la libertad y por ende la misma estar también restringida, pero lo contrario no es cierto, pues una persona puede estar restringida de su libertad y no por ello privada de la misma, caso en el cual si esta restricción de su libertad tiene connotaciones de especial gravedad o peligrosidad, daría lugar al hábeas corpus preventivo; por lo tanto considero que para la aplicación del hábeas corpus no es imprescindible que la persona se encuentre ya efectivamente privada de la libertad.

Pero para que sea alegado, debe existir una amenaza ilegal, arbitraria e ilegítima sobre la libertad física o ambulatoria de la persona, y que por aquello debe ser evitada la orden de privación de la libertad porque carece de causa legal, como por ejemplo en algún delito sancionado con pena privativa de libertad inferior a un año (Revelación de Secreto – Art. 179 COIP), y por la cual se dictó prisión preventiva, y ejecutoriada dicha medida cautelar que es ilegal, y por lo mismo se convierte en arbitraria e ilegítima, toda vez que esta medida cautelar sólo procede contra infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a un año (Art. 534 numeral 4 COIP)[8], en este

7. **Art. 43.-** Objeto.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona.

8. **Artículo 534.- Finalidad y requisitos.-** Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concu-

escenario, aunque el procesado no estuviere detenido, puede presentar acción de hábeas corpus preventivo.

Respecto al derecho comparado, la legislación argentina, en la ley 23.098 regula el hábeas corpus preventivo en su Art. 3 inc. 1 que expresa que procede la acción ante la limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria. El Art. 20 de la Constitución de la Pcia. de Bs. As. sostiene que "Toda persona que, de modo actual o inminente, sufra en forma ilegal o arbitraria, cualquier tipo de restricción o amenaza en su libertad personal, podrá ejercer la garantía de hábeas corpus recurriendo ante cualquier juez…". el Art. 405 CPPPBA preceptúa: "La petición de hábeas corpus procederá contra toda acción u omisión que, directa o indirectamente, de modo actual o inminente, en forma ilegal o arbitraria, causare cualquier tipo de restricción o amenaza a la libertad personal.".

Para poder justificar aún más la posibilidad del hábeas corpus preventivo, es importante señalar lo dispuesto en el Art. 9 numerales 1 y 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas que disponen:

> "1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta" "4. Toda persona que sea privada de su libertad, en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuere ilegal".

Así como también señalar lo dispuesto en los Arts. 4.1, 5.1, 7.2; y, 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone:

---

rran los siguientes requisitos: 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

> "4.1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. 5.1. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 7.2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 8.2.h. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

Al respecto, dentro de la Sentencia del caso Tibi vs. Ecuador, indica que: "los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 (de la Convención) y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática". La Opinión Consultiva OC-9/87 No. 29, justifica la ampliación de los contornos del hábeas corpus al expresar que "es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes".

Es decir que un Juez Constitucional, está llamado a realizar el control abstracto de convencionalidad, respecto a la posibilidad de la presentación de un hábeas corpus preventivo.

Por consiguiente, si es posible la aplicación del hábeas corpus preventivo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, tratados y convenios internacionales ratificados

por el Ecuador, derecho comparado, y hábeas corpus presentado por los hermanos Roberto y William Isaías, de acuerdo al análisis jurídico que se ha hecho.

EL DERECHO A LA RESISTENCIA Y EL COMETIMIENTO DE INFRACCIONES PENALES: ANÁLISIS EPISTEMOLÓGICO JURÍDICO Y POLÍTICO

Daniel Antonio Núñez Bucay[1]

¿Cuál es el límite del derecho a la resistencia frente al cometimiento de infracciones penales?

El derecho a la resistencia es parte de un concepto más amplio que es, la desobediencia civil elaborada por Henry David Thoreau, para él, este ejercicio requería de dos prerrequisitos para que pueda ser considerado como la aplicación del principio político de la desobediencia civil. Por un lado, Thoreau creía que para que un reclamo o demanda pueda ser considerado como desobediencia civil, primero este tenía que ser ejercido colectivamente o en mejores términos por fines colectivos, así un ciudadano puede negarse a acatar una obligación legal por considerarla injusta, en tanto en cuanto no la encuentre injusta para sus intereses personales sino para el conjunto de la sociedad, lo que significa que existe un grado de moralidad que se aplica en este principio político. El segundo requisito que Thoreau encontraba es que, es necesario entender que quien ejerce la desobediencia civil tiene que estar dispuesto a pagar la pena que se deriva del incumplimiento de una obligación normativa que, además en concordancia con la seguridad jurídica, tiene que estar previamente tipificada y determinada en el Código Orgánico Integral Penal. Es aquí, en donde

1. Abogado, Maestrante de Derecho Constitucional.

el derecho a la resistencia se separa de la desobediencia civil, aunque nazcan de un mismo árbol ideológico, que es la comprensión del sistema político liberal. Así para Hidalgo (2017: 86): "La resistencia es el derecho-garantía que defiende un modelo de Estado Constitucional, derogado por una autoridad usurpadora o por un gobierno devenido en ilegítimo", lo que significa que el derecho a la resistencia, a diferencia de la desobediencia civil está garantizado a nivel constitucional, esto significa que no puede existir una pena con su ejercicio, aunque ambos se entiendan como el ejercicio liberal de impugnación de la injusticia frente al legislador o gobernante por una ley o política pública injusta.

En Montecristi, se integra el derecho constitucional a la norma suprema, dando ese paso de desobedientes a resistentes. Debemos analizar al derecho a la resistencia tanto como garantía constitucional como derecho fundamental, esto de conformidad a lo que se desprende del art. 98 de la Constitución de 2008:

> Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.

Además de la importancia del reconocimiento de la resistencia como derecho y garantía hay otro elemento central, que llama la atención y que el legislador quiso plasmar en el texto y es que, a diferencia del nacimiento de la resistencia desde la revolución francesa como la victoria de la democracia liberal frente a los excesos de las monarquías absolutistas europeas. En el texto constitucional ya no solo se entiende a la resistencia como en contra del poder estatal, que ejerce el monopolio legítimo de la violencia, en términos de Hobbes, sino que también la resistencia se podría dar, por ejemplo, por el cambio de una

cláusula que se entiende como injusta por un sindicato de obreros en un contrato colectivo. Algo que no se ha dado en el país, pero sin duda marca un interés investigativo particular, pues bien podrían paralizar las actividades de una fábrica por el legítimo derecho a la resistencia ante el abuso del empleador privado.

El derecho a la resistencia mantiene una permanente tensión con aquellos ilícitos considerados como delitos políticos. Un delito es político, cuando su fin es tal, o sea tiene una consecuencia que afecta el curso regular del sistema político y democrático, tales son los casos en los que se busca deponer a una autoridad electa por otro, básicamente el cometimiento de un golpe de Estado y las formas que se derivan para que se produzca dicho golpe hacia el poder instituido. Pero, hay un gran riesgo en asumir al derecho penal como una forma de persecución de actos políticos, incluso cuando estos usan la violencia como formas de consecución de objetivos políticos, como el caso de las revoluciones, en Ecuador buen ejemplo es la revolución liberal de finales del siglo XIX. Así, es importante que el derecho sea entendido como lo es para Meneses (2019: 105) para quien: "El derecho penal va asumiendo entonces el papel de dique del poder punitivo del Estado, es decir, un derecho penal como apéndice del derecho constitucional, encargado de la garantía de los derechos fundamentales de las personas", o sea un derecho penal que sirve, no como punición y castigo en un entendimiento del mismo como el que hace Michel Foucault, sino hacia una progresividad que lo interpreta como una interpelación del Estado en tanto en cuanto representante de la sociedad y no solo del gobierno, ante el abuso de unos cuantos frente al derecho a una convivencia pacífica de la gran mayoría de la sociedad.

En la misma línea del complejo entramado en el que puede caer el delito político versus el derecho a la resistencia para

Hidalgo (2017: 86): "Mientras la resistencia es una facultad que busca reparar, es siempre legítima y legal; el delito político es doloso, puede ser legítimo, pero no es legal y trae aparejado siempre un castigo" por eso la revolución, aunque pudiendo tener fines legítimos, como el caso que señalamos en renglones anteriores de la revolución liberal de 1912, siempre ilegal es penada y quienes lo cometen saben las consecuencias de sus actos, muy al estilo de la leyenda "patria o muerte" de la revolución cubana del movimiento 26 de julio encabezada por Fidel Castro y Ernesto Guevara.

En el derecho a la resistencia, la oposición no es a un régimen despótico como en el caso de las revoluciones y de los delitos políticos, sino que es frente a un acto, puede ser una política pública o una ley, que se entiende como injusta y por más que esta emane del órgano legislativo, que contiene la mayor representación de la voluntad popular, esta "voluntad, por muy soberana que sea no puede crear una verdadera ley contra los principios de la Justicia o del Derecho Natural" (Larrea, 2008: 29), por tanto no se puede usar ni el elemento democrático de los gobiernos representativos en los cuales se deposita la confianza de la promulgación de las leyes en el legislador, ni tampoco el argumento positivista de que por estar normado se encuentre investido de legitimidad, porque la legalidad no sustituye lo legítimo.

Así pues, mientras el delito político tiene consecuencias punibles en cambio, por otro lado, el derecho a la resistencia está reconocido y no puede ser mancillado por sus consecuencias o fines políticos para ser perseguido bajo otras figuras legales ligadas a los delitos políticos. Es ahí donde se marca la tenue frontera entre estos delitos y el derecho a la resistencia. Pues, en buena parte del ejercicio político de la resistencia se han usado figuras relativas a los delitos políticos para limitarnos. Así, es el caso de que se tipifiquen acciones de resistencia como delitos

de rebelión, terrorismo o paralización de servicios públicos. Así, entramos en una antinomia, pues mientras en la Constitución se reconoce el derecho a la resistencia en el COIP, se tipifican posibles formas de resistencia como delitos políticos, pues sus conceptualizaciones son tan amplias que el administrador de justicia actúa conforme al interés o razón del Estado.

El caso de los muchachos del Central Técnico o el de los 10 de Luluncoto, son claros ejemplos de actos de resistencia en el primero y en el segundo del derecho al pensamiento político que fueron tipificados como delitos políticos.

El levantamiento policial o paro, según las interpretaciones políticas, del 30 de septiembre de 2010, también fueron considerados delitos políticos y es además a partir de ahí que se busca crear un COIP con delitos políticos que no existían en el anterior Código Penal o su cuerpo de sustanciación que fue el Código de procedimiento penal.

Así pues para no confundir el derecho a la resistencia con delitos políticos, es necesario entender que la resistencia como derecho es una "la garantía de los derechos primarios coincide con el contenido igualitario de la democracia, mientras que el ejercicio de los derechos de autonomía –en el ámbito privado y en el ámbito público– es fuente de desigualdad jurídica" (Greppi, 2005: 351), esto quiere decir que, el ejercicio del derecho a la resistencia preserva el sentido material de la democracia, la mantiene, interpela al poder por su ampliación para que todos puedan ser parte de la promulgación de leyes y la planificación e implementación de políticas públicas, mientras que en los delitos políticos hay un claro interés por deponer del poder al gobernante en vigencia.

Como cierre, una reflexión que resulta necesaria frente a la coyuntura reciente que nos sobrepasa es que, aun cuando exis-

tieron actos de vandalismo o destrucción de bienes materiales en el contexto de las marchas y manifestaciones del reciente paro indígena-popular del 2 al 17 de octubre mal se podría juzgar tales actos como delitos políticos, porque aunque de forma aislada hubo actos delincuenciales, el perseguir a sus dirigentes como el caso de las denuncias particulares presentadas en contra de Jaime Vargas como presidente de la CONAIE y de Yaku Pérez, Prefecto de Azuay, lo que hacen únicamente es atacar el pleno ejercicio al derecho a la resistencia que se dio, pues como vemos era un acto que entendía como injusta la promulgación de un decreto, el 883, sin una previa socialización con todos los sectores sociales, pero como bien señalaron sus dirigentes, más allá de las teorías del complot, el interés del paro nacional como parte del ejercicio del derecho a la resistencia fue la derogación del decreto, nunca fue el deponer del poder al presidente constitucionalmente electo, Lenín Moreno. Incluso cuando hubieran voces aisladas que lo quisieran así. Podríamos estar frente a un caso en el cual se viola el derecho a la resistencia bajo el justificativo de la tipificación de aplicación de delitos políticos, como paralización de servicios públicos, rebelión e incluso terrorismo.

Referencias

Constitución de la República del Ecuador 2008.

Hidalgo, Gabriel (2017) *Ius Resistendi: ¿Garantía u oposición al Estado Constitucional? el derecho de resistencia en la democracia ecuatoriana en la década del 2000.* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Greppi, A. (2005). *Democracia como valor, como ideal y como método.* M. Carbonell & P. Salazar (eds.). Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli. Madrid: IIJ–UNAM–Trotta.

Larrea Holguín, J. (2008). Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador. Quito: CEP.

Meneses, Polivio (2019) *El derecho a la resistencia como límite a la criminalización de la protesta social. Estudio de caso "Estudiantes del Colegio Central Técnico*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA LEY INDÍGENA, EN LA COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA, COMO BASE SENTENCIA "CASO LA COCHA"

Henry Villena Jarrín[1]

Introducción

La Constitución ecuatoriana con respecto a los derechos de las personas, comunidades, pueblos, son titulares y gozan de derechos propios, ya que si nos enmarcamos en leyes, mi derecho se acaba cuando continúa el de la otra persona.

Socialmente en nuestro país el principio de Derecho a la defensa se violenta al momento de ser castigado dos veces por la misma causa. En la Constitución del 2008, se da una forma de ajusticiamiento dentro de las comunidades indígenas pero con castigos ancestrales mas no con la muerte, debido a que pasaría a la vía ordinaria, ya que las creencias no pueden irse en contra de la norma expresa, la colectividad determina en el sentido de manejar sus leyes por su propia cuenta mas no con rasgos culturales propios y con una organización política y social específica de acuerdo a sus costumbres.

Si bien es cierto se reconoce a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, varios derechos colectivos en los que están implícitos su derecho a conservar, desarrollar sus formas de convivencia y organización social, además si se tratare de

1. Abogado, Maestrante de Derecho Constitucional.

manifiestos respecto a la justicia indígena dentro del ámbito de su territorio, para que puedan arreglar de la manera que esté establecido dentro de sus reglas.

Formulación del Problema

¿Las sanciones que se dan en materia de justica indígena, afecta si es castigado nuevamente en la vía ordinaria?

Presentación del Hecho

El 12 de agosto de 2010, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional para el período de transición, admitió a trámite la acción extraordinaria de protección presentada por el señor Víctor Manuel Olivo Palio, en contra de decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo de 2010, por parte de autoridades indígenas pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad kichwa, de la provincia de Cotopaxi, con relación al asesinato de su hermano Marco Antonio Olivo Palio.

Dicha causa se denominó "Caso La Cocha", el 30 de julio de 2014, dentro del ámbito de sus competencias, la Corte Constitucional del Ecuador expidió la sentencia N°113-14-SEP-CC, en la cual se dejó sentado precedentes jurisprudenciales que motivan la presente investigación.

Al existir una sanción en la justicia indígena sobre delitos contra la vida, no existe doble juzgamiento y por tanto es susceptible de ser conocido y sancionado en la justicia ordinaria.

A la fecha de expedición de la sentencia, todos los casos relativos a delitos contra la vida deberán ser conocidos exclusivamente por la justicia ordinaria.

Acorde a la argumentación de la Corte Constitucional para declinar la competencia de las normas comunes para juzgar los delitos contra la vida deberíamos verificar la desacertada interpretación constitucional que realiza la Corte Constitucional en el fallo del caso "La Cocha" en cuanto al non bis in ídem, el respeto a las decisiones de las autoridades indígenas y el retroceso en los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Premisas Jurídicas

Es necesario en el presente trabajo investigativo realizar un análisis de lo que significa la competencia material en la justicia ordinaria, para de este modo entenderla, y compararla con la competencia por materia en la justicia indígena obtenida con la investigación empírica y poder obtener puntos de encuentro o desacuerdo que sirvan para cumplir con los objetivos de la investigación.

En el Art. 171 de la Constitución de la República así como el Convenio 169 de la OIT en su artículo 9.1 no se limita el conocimiento de alguna materia a la administración de justicia indígena, jurídicamente puede conocer todas las materias sin importar cuantía o gravedad de los hechos, siendo incluso la materia penal de conocimiento del derecho indígena, siempre y cuando se traten de conflictos internos dentro de su territorio.

El Art. 171 de la Constitución ecuatoriana, como se lo ha mencionado anteriormente, establece que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán

funciones jurisdiccionales, con base a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, mas no en derechos que sean relevantes o de conmoción social.

Las normas fueron hechas para cumplirlas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

Argumentación

Dentro del siguiente ensayo podemos observar el desarrollo del porqué existen varias problemáticas dentro de la justicia indígena frente a la justicia ordinaria, sin embargo, es fundamental que se realice una primera aproximación respecto a los mismos.

La sentencia conocida como caso "La Cocha", donde se limita materialmente a la justicia indígena, pues el caso fue conocido por los dos sistemas de justicia, y de ello resultó una sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana en la que se señala que si bien la justicia indígena puede resolver respecto de la armonía dentro de una comunidad, es la justicia ordinaria la que debe preocuparse y la única competente para resolver respecto al bien jurídico protegido, en ese sentido lo resuelto por la Corte Constitucional con la sentencia, si bien genera un precedente jurisprudencial, no termina con la justicia indígena porque resolvió para ese caso en específico.

Por ello la necesidad de que este tema de las competencias se debata en todas las esferas, sobre todo en la académica, para poder arribar a una verdadera justicia.

En el caso "La Cocha" la problemática entre la justicia indígena y justicia ordinaria son varias debido a que por más que existan preceptos constitucionales de avanzada, no se ha logrado una relación armónica y los casos han sido conocidos por las diferentes instancias, dándose problemas entre la sociedad en general.

Una vez descrito el problema sobre la aplicación de la ley indígena, y partiendo de la hipótesis que este no sea aplicable en casos previamente sancionados por la autoridad en la vía ordinara penalmente, en el presente se aparta y se analizará la procedencia de aplicación del principio de non bis in ídem en los casos previamente sancionados por dicha autoridad y por la juzgadora en materia de defensa del que fue violentado sus derechos. (Ávila, 2008)

El principio non bis in ídem en su vertiente material se entiende como "la prohibición de sancionar simultánea o sucesivamente dos o más veces por un mismo hecho, cuando las normas sancionadoras posean un mismo fundamento o base racional.

Es así que el doctrinario boliviano argumenta "***que el derecho Indígena es concebido desde más antes que se haya creado la ley en papel que una conducta sea sancionada cuando lo ha sido en forma previa en el mismo ámbito del cual están formándose las comunidades"*** (Hormando, 1989).

Las funciones jurisdiccionales en virtud de las tradiciones ancestrales de las comunidades indígenas van directamente vinculadas a castigos que en base a la sociedad actual son considerados como agresiones físicas con detrimento psicológico que puede afectar la integridad física y emocional de los individuos, pero ante la perspectiva o visión de la comunidad indígena este es un acto de saneamiento o purificación de la persona, debemos considerar, el respeto de los espacios de cada

comunidad indígena para garantizar el pleno derecho del ejercicio de la justicia indígena sin la intromisión de facultades, críticas, comentarios seniles ante sus acciones ancestrales cuyos efectos son positivos dentro de su comunidad para mantener la paz social que se anhela a nivel general.

La competencia de la justicia indígena se la vincula en razón de conocimiento de causa sobre aquellos actos que alteren la paz social, contraria a las buenas costumbres, donde se busca resarcir su acción de manera directa a los afectados, al mismo tiempo tomarlo como modelo mediante acción de purificación para que el resto de integrantes de la comunidad conozcan el alcance de sus acciones y prevengan en su accionar.

El ensayo que estamos analizando si bien es cierto garantiza el respeto de amplitud de intervención o conocimiento de causa de la justicia indígena, en aquellas acciones donde la justicia ordinaria tenga conocimiento en primera instancia, para ello la justicia indígena deberá demostrar su pertinencia y de ser esta positiva la justicia ordinaria archivará el proceso remitiéndola a las autoridades indígenas para que continúen con el procedimiento, se entiende que esta se aplica y se sostiene en cualquier causa y materia que la justicia ordinaria sostenga, ahora la restricción del conocimiento de causa en acciones penales o familiares hacia la justicia indígena, se consolidaría como una limitación de sus competencias legales reconociendo en si el interés que se está dando a todas la personas sin distinción.

La justicia indígena siempre estará encaminada a dar soluciones dentro de su territorio para mantener activa la sociedad, en donde no exista robo o malos hábitos, mediante autoridades indígenas que puedan representar a la justicia en igualdad de condiciones, a la vez que se identifican con su propio pueblo y

sean estos quienes reconozcan dicha potestad legal, al considerarse plenamente representados para el conocimiento de causas en su territorio, es necesario conocer e identificar las facultades en torno a la materia, por el requerimiento de jueces especializados conforme se lo analiza y sobre todo sin violentar sus derechos.

Relevancia Constitucional

Si nos enmarcamos en la ley en el artículo 171 de la Constitución de la República así como el Convenio 169 de la OIT en su artículo 9.1, no se limita el conocimiento de alguna materia a la administración de justicia indígena, la comunidad juzgó al presunto culpable con base a la cultura indígena y no se aplicó una pena de muerte, ***pero sí los castigos como la ortiga, el baño, pago de indemnización a los familiares de la víctima y la expulsión de la comunidad, quedando así fuera de culpa***. (Salgado, 2002)

La Constitución de la República en los artículos 10 reconoce a las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución, también en el artículo 11 numerales 3, 4, y 5 –Principios de los Derechos todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, artículo 57 numerales 1, 9 y 10 –Derechos de las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades Indígenas, articulo 76 numeral 7 literal i –Non bis in ídem– y 171 –Justicia Indígena, Código Orgánico de la Función Judicial, artículos 343, 344 literales a, b, c, d y e, 345 y 346, relativas a las Relaciones de la Jurisdicción Indígena con la Jurisdicción Ordinaria y, Código de Procedimiento Penal, en este caso sobre el asesinato.

Jurisprudencias

Con respecto a la Corte Interamericana tenemos varios casos donde se pudo recuperar parcialmente e indemnizar para su reparación integral, como es el caso que se dictó una Sentencia mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado brasileño por la violación del derecho a la garantía judicial por la mala aplicación en justica indígena, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la violación de los derechos a la protección judicial, previstos en los artículos 25 y 21 de la Convención Americana, en perjuicio del Pueblo Indígena y sus miembros.

La Corte consideró que el Estado no es responsable de la violación del deber de adoptar disposiciones de derecho interno, ***previsto en el artículo 2 de la Convención Americana, ni de la violación del derecho a la integridad personal, previsto en el artículo 5.1 de la misma Convención***. (Ecuador) Por último, la Corte ordenó al Estado la adopción de diversas medidas de reparación.

Conclusiones

- El principio jurídico de non bis in ídem es un principio y un derecho elemental dentro del campo constitucional, ya que se traduce la prohibición de hacer sus propias leyes o más aún su propia justicia, para eso se encuentran los órganos que comprenden la función judicial, a no ser juzgado dos veces por la misma causa, tanto la doctrina, como la Constitución y la jurisprudencia ecuatoriana, consideran que este principio, así como otros principios del derecho penal, ya que este caso fue un asesinato.
- Cuando el pueblo ecuatoriano votó por los representantes del estado como son los asambleístas nunca medimos las

consecuencias, dado que para la elaboración de leyes por lo menos tienen que tener un poco de conocimiento de las mismas. En Montecristi se tipificó la Constitución del 2008 y esta faculta a las comunidades indígenas a que tengan su propia ley, se dio un paso enorme en la vulneración de derechos, ya que son sancionados dentro de su comunidad por el que tenga más criterio formado o el más anciano para que pueda aplicar dichas normas establecidas en tal comunidad, pero el hecho no termina ahí, ya que se pueden pasar de los límites y probablemente, matando a la víctima, violentando debidos procesos y más aún el derecho a la vida.

- En consecuencia, es procedente la aplicación de la norma, ya que si bien es cierto está tipificada y sanciona de acuerdo a sus creencias y costumbres, sin infracciones previstas en esta ley que también constituyan actos de abuso y de lesa humanidad.

Bibliografía

Americanos, c. d. (s.f.).
Ávila, R. (2008). Estado constitucional de derechos y justicia. Ecuador.
Ecuador, R. (s.f.).
Hormando, V. D. (1989). Pensamiento Constitucional Boliviano. Bolivia.
Salgado. (2002). El Derecho Ecuatoriano y el aporte indígena. Ecuador.

PRINCIPIO DE INTERCULTURALIDAD EN EL JUZGAMIENTO DE DELITOS SEXUALES PERPETRADOS EN MUJERES INDÍGENAS

Mónica Paola Delgado

Dentro del quehacer investigativo de Fiscalía, lastimosamente existe un elevado número de denuncias presentadas por delitos que atentan contra la integridad sexual de mujeres y niñas; de este grupo, analizaremos aquellos casos cuyo sujeto activo y víctima se reconocen como miembros de pueblos o nacionalidades indígenas; casos en los cuales surge la pregunta:

¿La interpretación irrestricta del Convenio 169 de la OIT, afecta el derecho de las mujeres indígenas a acceder a la justicia ordinaria en casos de delitos sexuales que lesionan sus derechos fundamentales?

El Convenio 169 de la OIT surgió por que pueblos y nacionalidades indígenas no gozaban de los derechos en igual grado que el resto de la población en los Estados donde viven y que han sufrido a menudo una erosión en sus valores, costumbres y perspectivas, el cual trata indicadores socioeconómicos y laborales, y la discriminación que por origen étnico o racial agrava las brechas de ingreso de manera radical, es decir se encamina a lograr una verdadera justicia social. De manera relevante el Arts. 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT, establecen la obligatoriedad que los Estados tomen en cuenta las costumbres o derecho consuetudinario de este segmento de la población; así también se reconoce el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que no sean incompa-

tibles con los Derechos fundamentales y Derechos humanos. Con este antecedente la Magistratura Constitucional Ecuatoriana, en la decisión del caso "La Cocha", señaló en relación a la interpretación intercultural: "*En consecuencia, la justicia penal ordinaria, en el conocimiento de casos que involucren a ciudadanos indígenas, y en cumplimiento de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente el Convenio 169 de la OIT, de manera obligatoria y en todas las fases procesales tendrán en cuenta sus particulares características y condiciones económicas, sociales y culturales, y especialmente, al momento de sancionar la conducta, el juez o jueces deberán de perseverar en dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, coordinando con las principales autoridades indígenas concernidas en el caso*."

Desde la perspectiva del pluralismo jurídico, están determinados los procedimientos consuetudinarios de juzgamiento de conflictos intra comunitarios, los cuales son variantes y dependerá de cada comunidad, las que deberán observar los derechos humanos, para fines ilustrativos el procedimiento indígena regularmente se lleva cabo en las siguientes etapas:

1. "WILLACHINA" (Demanda), "(…) la autoridad indígena atiende el reclamo e inicia el proceso en torno a la denuncia o demanda presentada, siendo la obligación de los comuneros denunciar todo el ilícito".
2. "TAPUYKUNA" (Desarrollo de la investigación), "(…) testimonios de las partes; versiones de los testigos; y, en ocasiones se practican el allanamiento de las viviendas donde posiblemente se encuentran vestigios y documentos que permitan probar la autoría de los hechos y su grado de responsabilidad".
3. "CHIMBAPURANA" (etapa sustancial), "se dan dos momentos importantes: Instalación de la asamblea e información de hechos; y, la aclaración de los hechos entre las partes", se presentan las pruebas de las partes, para que la asamblea determine responsables.

4. "KILLPICHIRINA" (Sanción), "(…) las más comunes son: las multas; suspensiones de derechos comunitarios (servicios básicos); indemnizaciones por los daños y perjuicios: devolución de los objetos; el baño de agua, ortiga y el fuete; trabajos comunales; y, excepcionalmente la expulsión de la comunidad (por reincidencias o delitos graves)."
5. "PAKTACHINA" (Ejecución), cumplimiento de la sanción impuesta, "Las personas que aplican la sanción son los abuelos, los familiares, los dirigentes, el presidente de la comunidad y los compadres. La ortiga que se propicia al infractor, busca que la voluntad de la persona se transforme para bien de todos; los baños de agua helada purifican el alma de las personas; y, látigo o fuete es para la compensación del daño causado y es el reparo de la fortaleza del hombre. Al final el infractor se reincorpora a la comunidad y no existen venganzas posteriores para ninguno de los afectados."
6. "TANTANAKUSHPA CUSHICHIRINA" (superación del conflicto), "(…) el ofensor pide disculpas a la persona que causó daño perjuicio, ésta aceptada la disculpa por estar en proporción con su pena o sufrimiento"

Como se puede observar la justicia indígena determina procedimientos definidos por la costumbre, es decir su modelo de justicia no obedece a la ley escrita, cuyo proceso es dirigido por las autoridades comunitarias. Para efecto de legitimidad de autoridad indígena y su competencia la Corte Constitucional analiza al respecto, […] *se evidencia que la instancia que conoce y resuelve los conflictos internos de las comunidades de los pueblos y nacionalidades, en materia de justicia indígena, es la Asamblea Comunal; que el proceso de investigación y juzgamiento se inicia a pedido directo de los afectados que lo realizan a las personas de la comunidad* […]. Del mismo modo, la función de competencia de la autoridad indígena la restringió solo para conflictos internos.

En virtud de la normativa supra citada de la Convención 169 OIT, la justicia indígena en la actualidad no juzga sobre aquellos delitos contra la vida y la integridad sexual de las víctimas. Tanto más que la violencia sexual, se considera un delito que atenta contra los Derechos Humanos; ya que se ve comprometida la integridad física, psíquica y sexual de las mujeres, adolescentes y niñas, bienes jurídicos tutelados no solo por la legislación nacional, sino por instrumentos internacionales ratificados por nuestro país; el derecho indígena no puede fortalecer la legitimización de la autoridad patriarcal y la negación al acceso de la justicia y derechos de igualdad para mujeres, adolescentes y niñas.

Es menester identificar el desarrollo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para incorporarlo al bloque de constitucionalidad; es un instrumento que se pone de relieve en la Constitución en los artículos 10, 11.3, 11.7, 57, 93, 156, 172, 416, 417, 426 y 436.1, normas que buscan generar una interrelación con los derechos desarrollados en latitudes reconocidas por el sistema internacional de Derechos Humanos y en los tratados e instrumentos internacionales de la misma naturaleza, de los cuales el Ecuador es parte. En ese sentido, se permite incorporar al nivel de la Constitución los desarrollos normativos o normas establecidas en el sistema universal o regional de protección de los Derechos Humanos, como es el caso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Justicia ya se ha manifestado en múltiples fallos sobre la responsabilidad de los Estados de adoptar medidas positivas para garantizar un efectivo e igualitario acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1, 19 y 24 de la misma, sobre los componentes esenciales del deber de debida diligencia, con una perspectiva de género y de

protección reforzada. El Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer define a la violencia contra las mujeres como "la violencia dirigida contra una mujer por el solo hecho de ser mujer o que afecta a aquellas de manera desproporcionada. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Para", establece que: "debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como en el privado." Determina que violencia contra la mujer, incluye la violencia física, sexual y psicológica: "a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea, que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.".

La Carta Fundamental del Estado en el artículo 3 establece: que son deberes primordiales del Estado el garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y los Instrumentos Internacionales. Mientras que el artículo 66 numeral 3 del mismo cuerpo normativo, reconoce y garantiza a las personas: "El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual; y b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar, y sancionar toda forma de violencia en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescen-

tes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual". Así también, el artículo 78 ejusdem, determinar que las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de prueba. En tanto, que el artículo 35 ibídem dispone que los derechos de las personas y grupo de atención prioritaria, indicando que: "Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas (…) recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado.

Para dicho efecto el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe el derecho a la tutela judicial efectiva, misma que se conceptúa como el de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que éste otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión, en consecuencia, es un derecho de carácter autónomo, independiente, del derecho sustancial, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir del Estado la prestación del servicio de administración de justicia, y obtener una sentencia, independientemente que goce o no de derecho material; así también el artículo 76 de la Constitución de Montecristi, establece el derecho al debido proceso conocido como la garantía de un proceso justo, que les asiste a las partes procesales dentro de un litigio, se respalda también en la disposición contenida en el artículo 169 ibídem que señala que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, en este sentido, las normas procesales no pueden obstruir o impedir el pronunciamiento acertado del juzgador, es decir, la realización de la justicia.

En el caso de delitos que atentan contra el bien jurídico protegido de la libertad sexual, máxime cuando afectan no solo a la integridad física de la víctima, si no psíquica, es necesario una respuesta estatal contundente a través del ejercicio público de la acción, proporcionada a su gravedad y a la especial relevancia del bien jurídico contra el que se atenta, tomando en consideración la tutela que les asiste en su condición de ser mujer/adolescente/niña, indígena y víctima de violencia sexual; por lo que mal los Tribunales de Juzgamiento pueden desproteger el legítimo derecho de una víctima a buscar justicia y la correspondiente reparación integral que le corresponde, bajo el único argumento del principio de interculturalidad, el cual dispone "En toda actividad de la función judicial las servidoras y servidores de justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento en estos casos la servidora o servidor de justicia buscará el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante"; los fallos deben encontrase revestidos de legitimidad, legalidad, proporcionalidad y factibilidad del juicio de reproche por la conducta antijurídica del sujeto activo, considerando la vulnerabilidad de la víctima; y, la protección integral que le asistía con responsabilidad tripartita del Estado, la familia y la sociedad; atendiendo al principio pro persona, a través de la cual las normas de derechos humanos deben interpretarse de la manera más favorable a la protección de los derechos de las personas, lo que supone brindar la protección más amplia y efectiva, y, a su vez, interpretar de manera restrictiva las limitaciones a los derechos.

Por su parte la jurisprudencia constitucional del Ecuador, mediante sentencia número 113-14-SEP-CC caso 0731-10-EP de fecha 30 de julio de 2014, estableció como precedente constitucional, que en aquellos casos penales en que existan atentado

contra la vida de las personas, será la justicia ordinaria la encargada de conocer y juzgar estos problemas presentados, en forma indiferentemente si los involucrados o el territorio e donde se han cometido pertenezcan a un pueblo o nacionalidad indígena, en cumplimiento de la constitución y el derecho internacional de derechos humanos; la aplicación del Convenio 169 Organización Internacional de Trabajo, deberá ser observado de manera obligatoria y en todas las fases procesales, teniendo en cuenta sus particulares características y condiciones económicas, sociales y culturales, y especialmente, al momento de sancionar la conducta el juez o jueces deberán de preservar en dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, coordinando con las principales autoridades indígenas concernidas en el caso. Con este razonamiento se resolvió en Sentencia del caso 0731-10-EP (La Cocha) / 2014, determinando que el juzgador, previo a su decisión, para orientar la aplicación de penas, sanciones o medidas alternativas, deberá considerar lo siguiente: a) una valoración crítica de la cultura involucrada; b) el grado de aislamiento o integración de la comunidad indígena respecto de la cultura mestiza mayorista; c) el grado de afectación que genere el hecho en la estructura social y comunitaria y en los miembros de la comunidad; y, d) consideraciones sociales y culturales, así como el grado de impacto, conmoción y alarma social que la conducta o acto cometido pueda provocar en la sociedad nacional en su conjunto.

Al momento de dictar una sentencia condenatoria contra una persona miembro de pueblos y nacionalidades indígenas es de carácter indispensable la aplicación de los artículos 24 y 344 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como también los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, a fin de cumplir con los principios de justicia intercultural y el de diversidad; se deberá también realizar un control de convencionalidad en función de la normativa protectora de derechos de las mujeres, a fin que no afecte

derechos fundamentales y se respeten los preceptos constitucionales, convencionales y legales dispuestos en la Constitución de la República del Ecuador, al tratarse de penas privativas de libertad se debe aplicar además sanciones alternas a la misma, considerando la afectación de la víctima y daño comunitario, es decir se determinará actividades de reparación en su propia comunidad, guardándose el derecho de participación en actividades propias de su identidad cultural, a través de mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

En conclusión, se debe manifestar que la aplicación sin limitantes del Convenio 169 de la OIT, sin lugar a dudas afecta el derecho de las mujeres indígenas a acceder a la justicia ordinaria en casos de delitos sexuales que lesionan sus derechos fundamentales, ya que la autodeterminación de las mujeres debe ser reconocido a todo nivel y espacio; más aún cuando se trata de tutelar sus derechos fundamentales, y el Estado se encuentre en la obligación de cumplir su rol protector, la citada norma internacional deberá observarse de manera obligatoria por Fiscalía dentro de la investigación en sus diferentes fases y etapas del proceso penal con sujeción al Art. 5.21 del Código Orgánico Integral Penal; al igual que el órgano jurisdiccional ordinario debe ceñir sus actuaciones a la verdad procesal, derecho de las víctimas; derechos de los acusados; y derechos de los sentenciados.

EL DERECHO DE ALIMENTOS AL CONVIVIENTE EN UNIÓN DE HECHO

Germán Casanova Borja

Esta investigación es producto de una inquietud, nacida en el desarrollo del Módulo de Garantías Jurisdiccionales, y es enunciada como: **El artículo 349 del Código Civil, ¿vulnera los Principios de Igualdad, No Discriminación y el Derecho a tener una vida digna, al conviviente en Unión de Hecho?** Pregunta que surge, porque en esta disposición legal, no determina la posibilidad de reclamar alimentos, cuando hay una convivencia en unión de hecho; plantear una posible respuesta a este problema jurídico, motivó este aporte.

1.1 Antecedentes

El hombre, ser gregario por naturaleza, desde los albores de la humanidad no ha podido vivir solo, sino en compañía, es una realidad inmutable que determina indefectiblemente el desarrollo de la especie humana, por medio del milagro de la procreación y por ende la perpetuidad de la especie.

Esta unión en pareja, desembocó, como no podía ser de otra manera, que la Sociedad norme y regule una de las instituciones jurídicas que más incólumemente se ha mantenido a la par con la evolución de nuestros congéneres: el Matrimonio, como referente ineludible del aparecimiento de la familia.

Desde la antigüedad hasta nuestros días hemos percibido la existencia de uniones que no les une vínculo jurídico alguno,

como en el caso del matrimonio, pero que sus integrantes persiguen las mismas finalidades determinadas para los cónyuges, algo que en las distintas épocas, no fue aceptada, por perjuicios clericales, sociales, políticos e inclusive económicos.

Inicialmente se la consideraba como delito, castigada con penas degradantes, posteriormente como pecado o algo impúdico, propio de personas de mal vivir y hasta hoy, es una realidad con cierta resistencia, es tolerada y forzosamente aceptada, por su crecimiento y aceptación en la población.

Uno de los fines, de esta unión, es el de vivir juntos y con su prole, a quienes mutuamente deben cuidar, amparar y alimentar, derecho éste que siempre presenta una serie de controversias cuando, entre la pareja, no existe armonía y diálogo, llevando a crisis y conflictos familiares, que van desde abandonos, agresiones sean físicas o psicológicas, hasta procesos judiciales.

Es sabido, que el derecho de alimentos tiene una visión tutelar y protectora a los más vulnerables, de la Sociedad: niños, niñas, adolescentes, mujeres embarazadas e incluso personas de la tercera edad y discapacitados, ya que a todos éstos les ampara los derechos constantes en la Constitución.

Pero qué sucede con los convivientes que viven en esta Unión, sin haber procreado hijos, o no están atravesando el estado de gestación, o son del mismo sexo? debemos indicar que instintiva y sentimentalmente los humanos, no siempre hemos optado por el matrimonio, sino por una unión esporádica de sexos, lo que conlleva hasta la actualidad una serie de inconvenientes jurídicos, que desembocan en un desamparo a quienes no estando casados, comparten su vida con otra persona y porque no, acumulan mancomunadamente un caudal de bienes, durante el tiempo de convivencia.

Por ello la enunciación, oportuna de determinar que los convivientes que viven en esta unión, se vean privados del derecho a una vida digna, toda vez que no se les reconoce el derecho de alimentos, al que por ley, las personas durante todas las etapas de nuestra vida, bajo ciertos justificativos tenemos.

Podemos inferir que la disposición invocada en el Código Civil, contiene una anomia jurídica, que es notoria y real, misma que hace latente un fenómeno jurídico y social, que lo abordamos con supremo entusiasmo y con el nivel de estudios que entraña.

1.2 Planteamiento del Problema

De lo analizado, surge el hecho factico, que es: **Determinar si la descripción taxativa del artículo 349.1 del Código Civil vulnera Principios Constitucionales y Derechos Fundamentales de las personas que viven bajo Unión de Hecho.**

Si bien es cierto que el Código Civil, aborda lo atinente a las personas y los bienes, concretamente al patrimonio, una parte de aquel, trata y legisla sobre el Derecho de Familia, que pese a no estar codificado, existe, es disperso, es amplio y novedoso, no es menos cierto que, sobre el tema: **LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS AL CONVIVIENTE EN UNIÓN DE HECHO**, no existe una investigación profunda, por lo que, debido a la importancia, complejidad y actualidad del tema, lo sustentamos, en el aporte doctrinario y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al emitir la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de Noviembre de 2017; complementa nuestro **fundamento jurisprudencial las Sentencias**: N° 11-18-CN/19; Caso No. 11-18-CN (matrimonio

Igualitario), fallo emitido por la Corte Constitucional el 12 de junio del 2019 y la sentencia No. 019-16-SIN-CC de fecha 27 de marzo del 2016, dentro del caso No. 0090-15-IN.

Nuestra Constitución es resultado de un proceso evolutivo del ordenamiento jurídico que acogiendo las necesidades de la población, quienes requieren vivir en una sociedad justa, igualitaria, respetando la diversidad, con una justicia expedita y oportuna, ha dado como producto final, el de considerar a la constitución como norma jurídica de aplicación directa e inmediata conforme lo determina el artículo 426.

1.3 Principios jurídicos que rigen a la familia en la Constitución

El Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008, señala que: "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia…"

Iniciamos desde este enunciado, nuestra investigación, tal es así que instintivamente emerge la interrogante de querer ensayar una concepción de lo que es, actualmente vivir y desenvolverse en un Estado de derechos y justicia.

Consideramos que un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, se construye bajo el designio de proteger a la persona humana, a su dignidad, de tal manera que la violación de sus derechos y garantías representan una afrenta a la persona y su dignidad, o sea que en este Estado solo puede reclamarse obediencia si su actuación es legítima, y para hacerlo no puede mediante actos u omisiones del servidor judicial, violar el sistema constitucional de derechos y garantías de las personas; de tal modo que los actos u omisiones judiciales violatorios de los

derechos constitucionales de las personas, carecen de legitimidad y no pueden merecer su acatamiento.

El Estado Constitucional, se caracteriza por el desarrollo de la justicia constitucional y las garantías, lo cual va de la mano con la materialidad de los derechos y la transformación de la institucionalidad hacia la protección de los mismos; de tal modo que la administración de justicia y el derecho a la justicia se han constitucionalizado, al señalar que el Ecuador es un Estado Constitucional, y así lo pone al país como el garante de los derechos constitucionales a través de la preeminencia del análisis jurídico de los conflictos individuales y sociales por sobre el político, y como dice la doctrina, de esta forma se materializa la pluralidad como una puesta en igualdad de condiciones a los diversos sistemas jurídicos existentes en una sociedad plurinacional, como la nuestra.

1.3.1 La Igualdad: Derecho y Principio

La igualdad en su real sentido no ha existido desde inicios de la humanidad ni desde el punto de vista social peor aún desde la perspectiva jurídica, pues desde los tiempos más remotos de la historia se denotan profundas diferencias entre los diversos grupos humanos pertenecientes a las diversas sociedades.

Miguel García Mejía (2011) al hablar sobre los antecedentes históricos de la igualdad señala que, una de las instituciones más adversas y negativas que entran en contraposición con el derecho de igualdad es la esclavitud. En Roma, la institución de la esclavitud permitió que el ser humano sea considerado como una cosa, como un bien susceptible de constituir el objeto material de la contratación jurídica, en Roma también existía una profunda brecha entre patricios y plebeyos, evidenciando aún

más la desigualdad social y jurídica, así por ejemplo, los segundos no podían contraer matrimonio con los primeros, inclusive en política, el gobierno del estado romano, era desempeñado únicamente por los patricios.

Posteriormente en la Edad Media, y no obstante la propagación de los postulados cristianos, la desigualdad era evidente entre la sociedad humana, especialmente con respecto a la institución de la servidumbre, en la que los siervos estaban supeditados a la voluntad del señor feudal y a la nobleza. En el plano jurídico era indiscutible que el Derecho Positivo consagraba privilegios, potestades y prerrogativas de una clase social y económica sobre otra.

El 10 de Diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas suscribió la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconociendo universalmente los derechos básicos del ser humano, entre ellos el derecho de igualdad y no discriminación, cuyo texto en su Art. 1 señala "**Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"**

Después de la adopción de este instrumento internacional por la mayor parte de países del mundo, en el año 1976 entra en vigencia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el mismo que establece que "**Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley.**

A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por diversos motivos" Disposición que demuestra como paulatinamente el derecho de igualdad se ha ido desarrollando y reforzando, hasta llegar a

nuestros días, donde la mayoría de constituciones lo consagran como un derecho vital de la dignidad humana.

Ahora como principio, –la igualdad– ha sido plasmada en las constituciones desde la dimensión formal, es decir, buscar que todos sean iguales ante la ley, pero en la práctica este principio no se concretó, de allí que tenemos hechos oprobiosos que han conllevado más de una crítica, por ejemplo, el trato diferenciado entre hombre y mujer, la diferencia racial o ideológica, que han dejado secuelas hasta hoy día, un caso práctico y real se presentaba en lo concerniente al derecho al voto o sufragio o la autorización que la cónyuge debía tener del marido para disponer del patrimonio

La dimensión formal de nuestra Constitución consagra la igualdad ante la ley, que es de vital importancia para el logro de la dignidad humana, por ello afirma en el numeral 2 del Art. 11 que "Todas las personas somos iguales y gozamos de los mismos derechos, deberes y oportunidades". Cabe recalcar que la igualdad formal significa que, a todas las personas se nos debe aplicar la ley de igual manera y que todas las personas tenemos derecho a ser protegidas por la ley por igual. Además este principio prohíbe todo trato diferenciado que sea arbitrario e injusto. Igualmente prevé la prohibición de discriminar a las personas entre otras por razones de sexo, de origen, de estado civil, este último es el que se torna más notorio en la actualidad, aun con la vigencia de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, al darle un estado civil al conviviente que ha legalizado, formalizado y registrado su unión.

En cambio, la igualdad material se refiere a la igualdad real y efectiva, que rebasa la igualdad jurídica tradicional, ya que exige la intervención del Estado y de la población en el plan económico y social para eliminar o atenuar las situaciones de desigualdad.

El mencionado Art. 11 numeral 2 indica: "El estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad", lo que implica que, el estado está llamado a retirar los obstáculos y a tomar las acciones pertinentes para que se dé la igualdad en su real magnitud.

De lo que se entendería que la acción afirmativa es una herramienta de ejecución que pretende dar un trato preferencial a determinados sectores de la población que han sufrido algún tipo de desigualdad o discriminación, tendientes a mejorar su calidad de vida.

Las acciones afirmativas tratan de establecer igualdad de oportunidades por medio de políticas que permitan contrarrestar o corregir aquellas que son el resultado de prácticas o sistemas sociales impuestos. Estas acciones afirmativas pueden ser expresadas mediante una norma legal, una decisión judicial o una decisión oficial que procure reivindicar derechos y oportunidades a los grupos segregados que evidencian su condición de desventaja frente a los grupos dominantes de la sociedad.

El artículo 11 numeral 2 que consagra la igualdad formal y material, lo que es recogido por nuestra Constitución en los Derechos de Libertad, consagrados en el artículo 66, de ahí que la igualdad tiene este doble enfoque como lo hemos venido sosteniendo: como principio y como derecho, demostrando de tal manera que, el principio de igualdad lejos de ser un postulado interpretativo, tiende a efectivizarse, por ello se afirma que esta Constitución si bien es cierto es derechos su carácter de avanzada, le torna garantista de que los mismos, se cumplan

Analizados, fallos emitidos por la Corte Constitucional donde se destaca la igualdad como principio y como derecho, garantizando tanto (la igualdad) formal como material, tene-

mos que: "…**Para la Corte Constitucional, la igualdad formal implica que ante el sistema jurídico todas las personas deben tener un trato igualitario, mientras que la igualdad material, busca hacer un análisis de la realidad de la persona con el fin de reivindicarle su derecho vulnerado, haciendo hincapié que por ningún motivo debe haber discriminación.**

Por ello, **en la sentencia No. 019-16-SIN-CC de fecha 27 de marzo del 2016**, dentro del caso No. 0090-15-IN la Corte Constitucional al referirse al derecho de igualdad manifiesta:

Dentro de la configuración normativa del derecho a la igualdad nos podemos encontrar con dos dimensiones: la denominada igualdad jurídica o formal y la igualdad de hecho o material. La primera de las mencionadas hace referencia a la igualdad ante la ley, es decir una igualdad en cuanto a la configuración y aplicación de normativa jurídica, mientras que la segunda hará referencia a las particularidades de los sujetos, grupos o colectivos, quienes deben ser tratados de manera igualitaria si se encuentran dentro de circunstancias fácticas similares, prohibiéndose cualquier acto discriminatorio…"

En esas condiciones el Estado debe tratar y ver a los particulares en la misma situación, esto es, un trato igualitario, sin privilegios, ni favores, de ello se infiere que el principio de igualdad se presenta como uno de los valores superiores al orden jurídico.

Aparentemente la norma constitucional se presenta de fácil entendimiento, mas resulta que no es así, ¿Por qué? El principio de igualdad bajo ningún concepto implica que todas las ciudadanas y ciudadanos ecuatorianos deben estar siempre en condiciones de igualdad absoluta, toda vez de que, la igualdad a la que se refiere el Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador se refiere a la igualdad jurídica.

¿Esta igualdad es vulnerada? Creemos que si. ¿Cuándo? En el momento en que la misma Constitución protege y reconoce por ejemplo la propiedad privada, la libertad económica, con ello se reconoce manifiestamente la existencia de desigualdades materiales y económicas (ricos y pobres), ello implica que no todas la ciudadanas y ciudadanos se encuentren en todo instante, en condiciones de absoluta igualdad, es imprescindible tener presente que el espíritu del principio de igualdad que proclama nuestra Constitución es a la IGUALDAD JURÍDICA.

De esta forma se tiene que el importe de este principio consiste en prescindir que existan criterios a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, causen como efecto de su aplicación la desavenencia de esa igualdad al generar un trato segregacionista entre situaciones similares, o bien, propicien secuelas parecidas sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica, que se puede palpar en la situación jurídica, en la que se encuentra el conviviente en unión de hecho al no ser considerada como una persona a la que por ley se le debe alimentos en nuestra legislación, según lo preceptúa el artículo 349 del Código Civil.

Lo expuesto nos permite concluir que el principio de igualdad puede ser vulnerado, dado que lo que correctamente se protege es la igualdad jurídica, por ello es necesario que bajo el mismo supuesto de hecho, la norma que está llamada a regirlo produzca en su aplicación un trato desigual, que sobrelleve a quien lo digiere a tener que sufrir un detrimento o a quitarse de un favor por causa de esa desigualdad, lo que causa que la misma norma, regulatoria del mismo imaginario genere un trato discriminatorio entre situaciones similares; o bien, que a pretendidos de hecho distintos se les haga incumbir similares situaciones jurídicas y con ello se mueva la violación de la garantía especial referida.

1.3.2 Principio de una Vida digna

La dignidad humana está señalada en la Constitución de la República, en los Arts. 11 numerales 7, 33, 45; 57 numeral 21; 58; 84; 329 y 408, recalcando que el Preámbulo de la Constitución señala de manera expresa que, hemos decidido construir "Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades…"

Recordemos que el Preámbulo, no es ornamental, sino un instrumento de estructura ideológica, pues son las aspiraciones del pueblo ecuatoriano sobre su querer y su deber ser.

El humano tiene una dimensión básica que es su dignidad, ésta es la raíz de todos sus derechos fundamentales; todos los derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona, así por ejemplo en derechos tales como la integridad física y moral, la libertad de conciencia y religión, la no discriminación, el derecho al honor, a la intimidad personal, etc., esto es el respeto por parte especialmente de los operadores judiciales de los derechos de libertad, señalados en los Arts. 66 al 70 de la Constitución de la República.

Todo ello tiene su base en que el hombre es considerado en su concepto uno y universal, gana en un tratamiento dentro de los parámetros de dignidad, solidaridad y respeto, pues el ser humano en general está en permanente interacción con el Estado, del cual debe recibir un trato respetuoso.

Sin duda alguna la Constitución de 2008 introdujo significativas modificaciones en relación con los derechos fundamentales; más aún recalco una vez más, que el Preámbulo de la Constitución, señala en su parte pertinente, que el Ecuador ha

decidido construir "Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, **la dignidad de las personas y las colectividades**"; de tal modo que es fundamental considerar la calidad de vida dentro del sumak kawsay de los derechos del buen vivir que contempla nuestra Constitución de la República, pues la calidad de vida incluye una amalgama muy subjetiva y personal de funcionamiento satisfactorios para el ser humano.

Podemos manifestar al respecto que en el Preámbulo y en varios artículos de la norma suprema se garantiza el respeto a la dignidad de la persona humana; y, esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia al conjunto de los derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión, pues el Art. 66 numeral 5 de la Constitución establece de manera expresa "El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás"; de lo que se advierte que más que un derecho en sí mismo, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplados en nuestra Constitución, pues este derecho atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad.

De ahí que, el Estado ecuatoriano debe garantizar, a través de las instancias correspondientes, la difusión y promoción, mediante campañas de información nacional en los medios de comunicación masiva destinadas a orientar a la población hacia un respeto a la vida digna, para el caso que nos ocupa y conforme al problema planteado, en lo atinente al conviviente en unión de hecho, encontraríamos, que al no reconocerle el derecho de alimentos, genéricamente implicaría que se conculquen los derechos que ejemplificamos a continuación:

a. El derecho a la alimentación y nutrición, que están regulados en los Arts. 13, 281, 282, 318, 411 y 412 de la Constitución de la República; recordando que en la Ley de Protección al Consumidor también se contemplan los derechos que éste tiene en relación con la alimentación y nutrición; además con la Ley de Soberanía Alimentaria.
b. El derecho al vestido, esto es prendas exteriores decentes que cubran nuestro cuerpo, pues recordemos que la ropa, sirve para protegerse, sobre todo, del clima adverso; facilita la circulación del aire alrededor de la piel y evita por tanto el contacto del aire frío con la piel y la salida del aire recalentado por la piel, ya que mucha gente vive en lugares alejados y recónditos del Ecuador, derechos que el conviviente en Unión de Hecho, actualmente se ve privado.

DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LA EXTORSIÓN Y EL ABUSO DE LA CONFIANZA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Iván Marcelo Calderón Lara[1]

Introducción

El delito de extorsión se encuentra tipificado en el Art 185 del Código Orgánico Integral Penal, es un delito que va contra el derecho a la propiedad, puesto que busca el lucro, el sujeto activo del delito obliga al sujeto pasivo a la realización u omisión de un acto de negocio jurídico, siempre usa la violencia o intimidación, coaccionándolo para que se lleve a efecto. Es un delito que tiene una ubicación independiente, siendo pluriofensivo por que no solo ataca a un bien sino a la propiedad, la libertad e integridad física; esto en lo referente a su consumación o durante el cometimiento de la infracción penal. Por otra parte el delito de abuso de confianza se encuentra tipificado en el Art. 187 del Código Orgánico Integral Penal, este delito se configura cuando el sujeto activo del delito adquiere la tenencia de una cosa sea dinero, bienes o activos patrimoniales y en el transcurso del tiempo dispone de esta para sí mismo o para una tercera persona, en este sentido perjudica al sujeto pasivo del delito quien será la víctima, es decir que el sujeto activo del delito se apropia dolosamente, recibiendo del propietario de la cosa con la finalidad de que se cumpla determinada actividad, no se traslada el dominio sino que se aprovecha de la confianza que tenía el propietario.

1. Abogado, Maestrante de Derecho Constitucional.

El propósito de la presente investigación es identificar las diferencias y semejanzas entre la extorsión y el abuso de confianza en la legislación ecuatoriana, para de esta manera realizar un estudio jurídico y doctrinario, en la cual se pueda identificar con certeza cada uno de estos delitos y así sirva como una fuente de consulta a todas las personas que tengan interés acerca de los delitos de extorsión y el abuso de confianza. Luego de haber realizado una investigación documental bibliográfica en el archivo de los buscadores virtuales de temas y proyectos de la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad Nacional de Chimborazo, se determina que trabajos iguales al que se pretende realizar no existen.

En el delito de extorsión normalmente para conseguir su propósito el extorsionador recurre a la violencia o algún tipo de intimidación contra la persona extorsionada, para de esta manera aprovecharse. Se puede resaltar que el abuso de confianza es cuando una persona deposita en otra la confianza, presumiendo que es una persona honrada merecedora de su confianza, destinándole a realizar una actividad o encargo, pudiendo ser de dinero, bienes o un acto jurídico. Por otra parte la extorsión se da bajo la intimidación o amenaza de una persona en contra de la víctima, obligándole a realizar u omitir un acto o negocio jurídico que vaya en perjuicio de su patrimonio.

En la Revista Mexicana de Opinión Pública en junio 2015, *"Evolución de la extorsión en México: un análisis estadístico regional (2012-2013)"* manifiesta: "Desde su origen etimológico latino (extorsio/extorquere), la extorsión se refiere a la acción y efecto de usurpar, separar y arrebatar por fuerza una posesión de una persona; realizar cualquier daño o perjuicio. Si tomamos en cuenta la importancia del lenguaje como un factor primordial para un acercamiento inicial a la naturaleza de las conductas sociales, es significativo que la raíz misma de este concepto se

refiera al ejercicio de actos violentos perjudiciales en que la voluntad individual de la persona afectada se ve prácticamente anulada. Ser conscientes del elemento anterior es fundamental para comprender este delito de alto impacto, pues, a diferencia de cualquier forma de robo o estafa, en la extorsión la victimización se consuma por acción propia de la víctima, ya que esta entrega sus bienes patrimoniales" (Pérez Morales, Vélez Salas, Rivas Rodríguez, & Vélez Salas, 2015).

Las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia entre las cuales se destacan: el juicio N° 596-2012 seguido por Wilmer Giovany Mejía Valencia y otros en contra de Jesús Ricardo Avedaño Ruiz; el proceso N° 955-2013 seguido por Carlos Oswaldo Santos en contra de la señora Susana Julieta Changoluisa Olea y Wilmer Ramiro Paredes Sánchez; el juicio N° 345-2014 seguido por George Ormaza Ponce en contra de Andrés Ponce Baque.

Problema

El Art. 393 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza la seguridad humana y dentro de esta a la propiedad "El Estado garantizará la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas… prevenir la comisión de infracciones y delitos…" (Constitución de la República del Ecuador, 2016).

Los delitos que atentan contra el derecho a la propiedad están protegidos o sancionados en el Código Orgánico Integral Penal, estos delitos que buscan ir en detrimento del patrimonio de las víctimas; el sujeto activo del delito lo que hace es buscar beneficiarse de un patrimonio que previamente se encuentra identificado para que de esta manera se busque el mecanismo antijurídico y aprovecharse de estos bienes: así tenemos el deli-

to de extorsión que se encuentra tipificado en el Art. 185 ibídem y que en su esencia manifiesta que la persona para obtener provecho para sí mismo o una tercera persona obligue a otra usando la intimidación o violencia a realizar u omitir un acto o negocio jurídico que vaya en perjuicio de su patrimonio.

Por otra parte tenemos el abuso de confianza que se encuentra tipificado en el Art. 187 del Código Orgánico Integral Penal, manifestando que la persona que disponga para sí mismo de dinero, bienes o activos patrimoniales y que previamente tengan la finalidad de restituirlos o hacer uso de un modo determinado sin que llegue a este objetivo será sancionado con una pena privativa de la libertad que puede ser de uno a tres años. Estos delitos que de cierta forma el sujeto activo del delito ya tiene conocimiento de los bienes o cosas que posee la víctima para de esta forma aprovecharse de la situación, en el primer caso de los delitos de extorsión obliga a que se realice o se deje de realizar un acto de negocio jurídico, esto usando la violencia o intimidación, este acto que será en detrimento del patrimonio de la víctima y por ende en beneficio del sujeto activo del delito. Por otra parte el delito de abuso de confianza tiene una relación directa entre la víctima y el sujeto activo del delito, aprovechándose de esta manera para que se le entregue dinero, bienes o activos patrimoniales, y que tengan por finalidad cumplir un objetivo sin que se llegue al mismo.

Desarrollo Teórico y Analítico

Análisis jurídico, doctrinario y crítico de la extorsión

El delito de extorsión lo encontramos tipificado en el Art. 185 del Código Orgánico Integral Penal, “La persona que, con

el propósito de obtener provecho personal o para un tercero, obligue a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o el de un tercero, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

La sanción será de cinco a siete años si se verifican alguna de las siguientes circunstancias:

1. Si la víctima es una persona menor a dieciocho años, mayor a sesenta y cinco años, mujer embarazada o persona con discapacidad, o una persona que padezca enfermedades que comprometan su vida.
2. Si se ejecuta con la intervención de una persona con quien la víctima mantenga relación laboral, comercio u otra similar o con una persona de confianza o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.
3. Si el constreñimiento se ejecuta con amenaza de muerte, lesión, secuestro o acto del cual pueda derivarse calamidad, infortunio o peligro común.
4. Si se comete total o parcialmente desde un lugar de privación de libertad.
5. Si se comete total o parcialmente desde el extranjero." (Código Orgánico Integral Penal, 2016).

Es un delito contra la propiedad, existiendo el ánimo de lucro, el sujeto activo del delito coacciona al sujeto pasivo del delito para realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o el de un tercero, siendo un delito pluriofensivo puesto que no solo ataca al bien jurídico sino que también agrede a la propiedad, la integridad física, psicológica y la libertad; para el cometimiento de esta infracción se utiliza la intimidación o violencia en contra de la víctima.

El delito de extorsión en el Ecuador tiene como finalidad obligar a una persona a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o de un tercero, el sujeto activo del delito para este cometimiento lo perpetra con violencia o intimidación, la primera es un comportamiento deliberado ocasionando daño físico o psicológico a la víctima de extorsión; mientras que la segunda se lo realiza a través de mensajes, llamadas, misivas, en la cual se le hace conocer del posible agravio que sufrirá de no estar a lo que dispone el delincuente; las victimas en muchas de las ocasiones no realizan una denuncia siendo entendible por el temor a represalias, las diferentes modalidades para llevar a efecto el delito de extorsión y sus medios son utilizando el internet, el teléfono, redes sociales, etc.

Elementos constitutivos del delito de extorsión

Existencia del sujeto activo del delito. Puede ser cualquier persona o personas que tengan el mismo objetivo de extorsión, el sujeto activo del delito lo que busca es aprovecharse de una persona que ya está previamente identificada así como sus bienes o posesión económica, para de esta manera doblegar a la víctima y hacer su voluntad. Guillermo Cabanellas en su obra Diccionario Jurídico Elemental define "El autor, cómplice o encubridor; el delincuente en general." (Cabanellas de Torres, 2008, p. 380).

Existencia del sujeto pasivo del delito. Es la víctima quien sufre el daño obligándole actuar sin su voluntad, el sujeto pasivo del delito de extorsión al no existir esta violencia o intimidación tampoco realizaría esta acción. Para el Dr. Néstor Rombolá y el Dr. Lucio Reboiras en su Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales el sujeto pasivo del delito es "Locución que hace referencia a la víctima, indicando por tal a quien ha sufri-

do directa o indirectamente un perjuicio en su persona o en sus bienes o derechos." (Rombolá & Reboiras, S/F, p. 868).

Intimidación o violencia. La intimidación o violencia puede ser ocasionada por los padres, compañeros, hermanos y otras personas más, puede ser en mayor o menor medida, así también una conducta más significante para unos que para otros; en la presente investigación sirve para extorsionar a una persona y sacar provechos siendo un acto que una o varias personas realizan en contra de otra para que realice una actividad en beneficio o bajo órdenes del intimidador pudiendo ser consciente o inconsciente. Para el tratadista Miguel Ángel Ramos en su obra Violencia Familiar habla acerca de la violencia y la intimidación "La acción de utilizar la violencia y la intimidación para conseguir algo, como acto ejecutado por seres humanos en sus relaciones interpersonales y sociales es un hecho que se remonta, sin ninguna duda, al origen mismo de la humanidad" (Ramos Ríos, 2013, p. 87).

Consumación. Es cuando el sujeto pasivo del delito realiza la acción contra su voluntad, siendo impulsado por el sujeto activo del delito lesionando el patrimonio o bienes corporales para esto lo define el Art. 583 inciso segundo del Código Civil "Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro." (Código Civil, 2016). Para llegar a consumar el delito se lo puede realizar a través de: extorsión directa es cuando toma contacto personal con el sujeto pasivo del delito y le expone la situación y sus presiones; la extorsión indirecta se lo realiza por medio de llamadas telefónicas, mensajes escritos, de texto, etc.

Análisis jurídico, doctrinario y crítico del abuso de confianza

El delito de abuso de confianza lo encontramos tipificado en el Art. 187 del Código Orgánico Integral Penal "La persona que disponga, para sí o una tercera persona, de dinero, bienes o activos patrimoniales entregados con la condición de restituirlos o usarlos de un modo determinado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La misma pena se impone a la persona que, abusando de la firma de otra, en documento en blanco, extienda con ella algún documento en perjuicio de la firmante o de una tercera." (Código Orgánico Integral Penal , 2016).

Confiar en otras personas es de mucha importancia para la convivencia, siendo una de las primeras elaboraciones de nuestro pensamiento; el recién nacido confía en los brazos y calor de la madre o de su padre, el confiar o pasar de manos a otras personas será muy difícil incluso con invitaciones de mil formas, payasadas, juegos, etc., esto será una frustración para las demás personas manifestando que el bebé no le quiere, no siendo así ya que el niño no tiene la confianza a más de las personas que lo rodean o son del seno familiar; ahora bien, si se considera importante la relación, necesariamente debe establecer un plan de conquista para derrotar esa desconfianza por parte del infante, así logrará ganar esa confianza de abuelo, tío, primo o padrino, una vez depositada seguramente será a lo largo de toda su vida o cuando menos de la relación familiar.

Una vez que se desarrolla la persona mantiene actividades de confianza ya no solo con los familiares, sino que también con amigos, enamorados, compañeros, conocidos, que en ciertos casos solo se puede percibir con el famoso sexto sentido que en muchas de las ocasiones no es el más acertado, establecida

la confianza esta puede desarrollarse, disminuir o desaparecer según el comportamiento de las personas.

A través de la confianza se puede encargar el cuidado de un negocio u otra cosa, un secreto, la confianza es depositada en la infancia, adolescencia, juventud, madurez o vejez, radica en los elementos del buen honor y la reciprocidad; el quebrantamiento de esta confianza provoca dolor y desconciertos, naciendo en muchas de las ocasiones la represalia o venganza; la confianza está inmersa en todas las actividades diarias y sectores para esto vamos a nombrar algunas:

En el núcleo familiar.- Entre cónyuges, padres e hijos o viceversa, tíos-sobrinos, abuelos-nietos, primos, suegros-nueras o yernos, cuñados, concuñados, etc.

Amistad.- Esto se desarrolla a lo largo de la vida y en algún momento se ha confiado en cierta persona independientemente si existió o no decepción más conocida como traición.

Compañeros.- Puede existir confianza desde la guardería, el inicial, escuela, colegio, universidad, trabajo, en estas actividades se comparte con muchas personas que van apareciendo y que pueden ser de momento personas que se deposite la confianza, no necesariamente serán personas que estén presentes toda su vida.

Sentimentales.- Es de conocimiento general que las personas no pueden estar solas sentimentalmente excepto por creencias ideológica, religiosa y demás; en el transcurso de la vida se puede llegar a tener un noviazgo o la calidad de enamorados y para esto se privilegia la confianza entre la pareja, siendo el principal elemento para su prolongación y que se pueda llegar a compartir el resto de su vida, el quebrantamiento de esta confianza depositada puede llevar a la destrucción de este sentimiento.

Laborales.- Tanto el empleador como el trabajador confían, el primero presume que hará bien su labor y cuidará como si fuese suya para que de esta manera exista una buena relación laboral; el segundo confía que cumpliendo su actividad el empleador le cancelará los haberes correspondientes.

Contractuales.- La confianza en muchas de las ocasiones juega un papel muy importante en los contratos sean de compra venta, negocios, laborales, arrendaticios, prestación de servicios, defensa, enfermedad, construcción, fiestas, recepciones, estudios, etc.

Política.- El nombrar a una autoridad de elección popular en la gran mayoría se dice yo confío en tal candidato, apareciendo el voto de confianza, así también el electo deberá nombrar a sus asesores de confianza, ministros y personas que le acompañarán a lo largo de su actividad.

El delito de abuso de confianza es autónomo y no una circunstancia agravante, siendo la disposición de una persona el quebrantarla, perjudicando a una persona en sus bienes que haya trasmitido la tenencia, pero no el dominio; el abuso de confianza es un delito que el sujeto activo se aprovecha de la confianza depositada por el sujeto pasivo, uno de los abusos de confianza es la apropiación de bienes que lo veremos a continuación:

1. No devolver un bien prestado.
2. El supuesto vendedor que le pide el dinero y será entregado el bien.
3. Cuando la víctima le confía dinero para que realice un depósito, transferencia, compra, negocio, etc.
4. El empleado que hace mal uso del negocio.
5. El socio de una actividad de comercio o empresa que hace uso doloso de esta calidad.

6. El mandatario o poder datario que se le encomienda realizar un acto jurídico y se aprovecha del mismo.

Elementos del abuso de confianza

- Existencia de un sujeto activo del delito.
- Existencia del sujeto pasivo del delito.
- La confianza entre los sujetos o personas.
- Debe existir un bien jurídico protegido.
- Entrega de la cosa.
- Apropiación del bien ajeno con el consentimiento y/o depósito de la víctima.
- Que la apropiación le produzca un lucro al delincuente y un detrimento a la víctima.

Semejanzas entre la extorsión y el abuso de confianza

Las semejanzas entre el delito de extorsión y el abuso de confianza son pocas así lo veremos:

Existencia de una víctima y un sujeto activo del delito. - La víctima o sujeto pasivo del delito, es la persona que sufre el daño o detrimento en sus bienes. El sujeto activo del delito o delincuente es la persona que ocasiona el delito y que se beneficia de este hecho ilegal.

Detrimento del patrimonio de la víctima.- Tanto en el delito de extorsión cuanto en el delito de abuso de confianza la finalidad del sujeto activo del delito es ir en contra del patrimonio de la víctima, en el primer delito solicitará que se le entregue una cosa a cambio de la intimidación o violencia; así también en el

segundo caso se hará la entrega o tenencia de una cosa que puede hacerse mal uso de esta e inclusive apropiarse en beneficio propio o de una tercera persona.

Beneficio del sujeto activo del delito.- En la perpetración del delito de extorsión y el delito de abuso de confianza el sujeto activo del delito será la persona que reciba una cosa pudiendo ser dinero, vehículo, bienes inmuebles, documentos, etc.

Son delitos en contra de la propiedad.- Para que se lleve a efecto estos delitos el sujeto activo del delito buscará beneficiarse de esta manera afectará el derecho de propiedad del sujeto pasivo del delito.

Conocimiento por parte de la Fiscalía.- Una vez que se ha perpetrado el delito sea de extorsión o abuso de confianza y tenga conocimiento la Fiscalía por algún medio, deberá llevar a cabo una investigación para determinar la existencia del hecho y la responsabilidad de la que posteriormente se inicia un proceso, para el tratadista Dr. Simón Valdivieso en su obra Los Procesos Penales manifiesta "El proceso tiene por objeto averiguar la verdad respecto del hecho acusado, ya sea para confirmar su existencia o para descartarla…" (Valdivieso Vintimilla, 2017, p. 30).

Diferencias entre la extorsión y el abuso de confianza

Las diferencias entre el delito de extorsión y el abuso de confianza son muchas, dentro de las cuales en la primera deberá existir la intimidación o violencia y son por estos factores que se procederá a realizar u omitir un acto jurídico, en la segunda primará la confianza que tenga la víctima y el sujeto activo del delito; así también que deberá realizar una petición

para que se lleve el acto jurídico o se deje de hacer, no así en el abuso de confianza que aquí lo que se hace es aprovechar de la confianza y lo que se realiza es disponer de la cosa.

Conclusiones

Se concluye que los delitos de extorsión y abuso de confianza lesionan el derecho a la propiedad, el sujeto activo del delito decide ir en contra del patrimonio de la víctima, en el primer delito solicitará cosas u obligará a realizar un acto sin la voluntad del sujeto pasivo del delito bajo la intimidación o violencia; en el segundo caso se hará la entrega o tenencia de una cosa que puede hacerse mal uso de esta e inclusive apropiarse para su beneficio o de una tercera persona, son delitos que están sancionados por la ley.

Se desprende que entre los delitos de extorsión y el abuso de confianza no existe semejanzas en lo referente al cometimiento del delito, existiendo semejanzas que no son de fondo como ejemplo existencia del sujeto activo y pasivo del delito, los bienes, el apoderamiento y el beneficiario de estos delitos; cada delito tiene su característica que distan en mucho siendo las principales la intimidación, la violencia y la confianza.

Finalmente se ha llegado a comprobar que existen diferencias entre el delito de extorsión y el abuso de confianza, de esta manera se identifica cada uno de estos delitos, por esta razón cumplirán una serie de aspectos en las cuales se destacan la intimidación o violencia, las misivas, mensajes para que se lleve el acto jurídico o se deje de hacer, no así en el abuso de confianza lo que se hace es aprovechar de la confianza acto seguido se dispone de la cosa.

LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS NO PENALES

Pablo Silva Mejía[1]

I. Introducción

Para el análisis de este tema es preciso entender lo que significa la carga de la prueba –*onus probandi*–, por cuanto que de ella deviene todo el concepto que se va a desarrollar en este artículo, por lo tanto su definición se centra en que la carga probatoria es "lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso, es decir, cuales hechos entre los que forman el tema de la prueba en ese proceso, necesita cada una que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones (incluyendo la punitiva del Estado), excepciones o defensas, y le dice al juez como debe fallar en caso de que esas pruebas falten."[2]

En relación a ello, la carga en materia de la prueba contiene dos reglas, una para las partes procesales y otra para el juez[3]. En las distintas legislaciones se ha entendido como regla gene-

1. Abogado de los Juzgados y Tribunales (UTA). Especialista Superior en Derecho Constitucional y en Derecho Procesal (UASB-E). Magister en Derecho Procesal (UASB-E). Abogado en libre ejercicio profesional en Ortega & Asociados Asesores Jurídicos en la ciudad de Ambato. Asistente de concejal en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipalidad de Ambato. Correo electrónico: pablo_javier18@hotmail.com

2. Hernando Devis Echandía, *Compendio de la prueba judicial* (Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni. 2000), 1: 74.

3. Juan Luis Avendaño Valdez, "Las cargas probatorias dinámicas", en *Las garantías del justo* proceso, *ponencias del tercer seminario internacional proceso y constitución, coord.,* Giovanni Priori Posada (Lima: Palestra Edit., 2013), 427.

ral que corresponde al actor justificar los hechos propuestos en la demanda y negados por el demandado, pudiendo además el juzgador decretar la práctica de pruebas por su iniciativa, con el fin de esclarecer y tener por cierto los hechos controvertidos. Entonces, la carga probatoria es una regla fundamental en la disciplina del proceso, dado que la proposición de la prueba por cada una de las partes, lleva a la resolución del juicio.[4]

En otros términos, dentro del proceso se debe respetar la igualdad probatoria entre las partes, de acuerdo a las posiciones que adopten dentro sus actos de proposición, pero puede darse el caso que, para llegar a esta igualdad, el juzgador tenga que identificar que el aporte probatorio de uno de los litigantes tenga cierta debilidad, por cuanto no tuvo el acceso necesario a todos los medios de prueba que requería, frente a su contraparte. Por lo cual, en este último supuesto, se podría observar de forma diferenciada las cargas probatorias, reconociendo y admitiendo un trato diferente a la hora de acreditar los hechos y circunstancias en discusión.[5]

De manera que, a partir de esta carga procesal, surge una nueva teoría denominada *la carga dinámica de la prueba (onus probandi dinámico)* o dinámica probatoria, el desarrollo de la misma y su sistematización se la puede atribuir al jurista argentino Jorge Walter Peyrano, quien consolidó este tema en base a un proceso de responsabilidad médica ocurrido en su país natal.

4. Salvatorre Satta, "Los poderes del juez", en *Actos del juez y prueba civil,* comp., Fernando Quinceno Álvarez (Bogotá: Editorial jurídica bolivariana, 2001), 64.

5. Jorge Walter Peyrano, "Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes", en *Elementos de derecho probatorio,* dir. Jorge W. Peyrano (Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2017), 430.

II. La carga dinámica de la prueba

Este tema se ha ido desarrollando en algunas legislaciones latinoamericanas como en Colombia, Argentina y mediante jurisprudencia en el Perú, denominándola también como cargas probatorias flexibles o de la mayor facilidad probatoria; y, en Europa dentro de la legislación española.

Es así que Peyrano menciona:

> Más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla (…) *Así pues, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad*.[6] (énfasis añadido).

Esta teoría busca flexibilizar la rigidez de la regla general de la carga de la prueba, cuya aplicación se la debe entender como complemento de ella. Es el juez quien está llamado (en los casos que amerite), a determinar que sujeto procesal está en mejores condiciones de aportar un determinado medio probatorio, con el fin de justificar los hechos que configuran las pretensiones o excepciones deducidas en la contienda legal, para que, no queden en meros enunciados o simples conjeturas de los actos de proposición.

Es así que, con el propósito de establecer una concepción del tema, tomando las palabras de Martín Bermúdez, esta carga dinámica de la prueba se la puede definir como "una regla que permite al juez en el caso concreto determinar cuál de las partes

6. Jorge Walter Peyrano, *Cargas probatorias dinámicas* (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2008), 60.

debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a ésta le resulta más fácil suministrarla."[7] Esto encamina un nuevo sentido a la carga probatoria tradicional, dejando de lado sus reglas estáticas y formalistas, que en ciertas ocasiones, resultaban insuficientes o inadecuadas para la presentación de pruebas. En otras palabras, esto es una flexibilización de la distribución de la carga de la prueba.

La aplicación de esta dinámica probatoria, es muy provechosa dentro del desarrollo de un procedimiento. No se la debe considerar como una inversión de la carga tradicional, sino que trata de exigir a los litigantes, sobre la base de la lealtad procesal, que aporten todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad del hecho controvertido,[8] lo cual ayudaría de sobremanera a la resolución del caso por parte del juzgador.

El Código General del Proceso de Colombia, en relación a la carga dinámica dispone lo siguiente:

> No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber

7. Martín Bermúdez Muñoz, "El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad", *Revista Temas Jurídicos*. No. 11 (1995): 16, citado por Juliana Pérez, "La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa", *Revista estudios de derecho* LXVIII, n.° 152 (2011): 207. http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2374/1/PerezJuliana_2011_CargaResponsabilidadAdministrativa.pdf

8. Javier Tamayo Jaramillo, *Responsabilidad civil médica en los servicios de salud* (Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1993), 91.

> intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.[9]

Es así que, esta teoría ha sido recogida por la normativa procesal colombiana, con la finalidad de esclarecer los hechos discutidos. La decisión de la distribución de la práctica de prueba, es susceptible de recurso por parte de las partes procesales.

Esta concepción a partir de esta nueva norma procedimental ha sido desarrollada por la jurisprudencia colombiana, y al respecto menciona:

> Por regla general el *onus probandi,* en la forma referida, permanece inmodificable, pero hay eventos donde cobra vigencia el carácter dinámico de la carga de la prueba, para efectos de distribuirla de manera equitativa y lograr un equilibrio de las partes en la obligación de probar, ello dentro del marco de lealtad y colaboración (…) *Sin embargo, la parte que en comienzo tiene la obligación de probar, debe suministrar evidencias o fundamentos razonables sobre la existencia del derecho* (…) *que reclama*, para que la contraparte, que posee mejores condiciones de producir la prueba o la tiene a su alcance, entre a probar, rebatir o desvirtuar de manera contundente el hecho afirmado[10].

Con ello, en la sentencia citada en el párrafo anterior, la Corte Suprema colombiana indica que este principio de dinámica probatoria, *no está para suplir la deficiencia probatoria de uno de los litigantes*, sino se lo ha estipulado en el caso particular de

9. Colombia, *Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012*, Documento Oficial 48.489, 12 de julio de 2012, modificado en noviembre de 2018. Art. 167 inciso segundo, carga de la prueba.

10. Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, *SL 11325-2016. Radicación No. 45089*, 01 de junio del 2016. 20. http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bnov2016/SL11325-2016.pdf.

que exista una dificultad probatoria, misma que aparezca cuando se ha ejercido una actividad (aunque sea mínima) para obtener los elementos necesarios para justificar las pretensiones exigidas. Por ejemplo, solicitar el acceso a documentos, solicitar la entrega de información, reportes o exhibición de instrumentos. Cabe señalar que no basta con la sola afirmación de certeza de un hecho para que se aplique este dinamismo de la prueba, pues se debe cumplir necesariamente con los presupuestos mencionados anteriormente.

Juan Carlos Díaz es enfático en referirse a la aplicación de la dinámica de la prueba, mencionando que debe cumplirse en estricto sentido los requisitos legales y jurisprudenciales que se han dado al respecto. Esto es, la existencia de una justificación objetiva y razonable, así como una relación de proporcionalidad y racionalidad entre la justificación, los hechos y el fin perseguido.[11] De no cumplirse con estas reglas, en lugar de beneficiar al proceso, se convertiría la actuación del juzgador en una arbitrariedad y afectaría la igualdad de las partes. Por esta razón, el juez debe analizar a fondo la existencia de un desequilibrio real en el acceso de la prueba, con el fin de proteger el derecho de tutela y efectuar una distribución adecuada de las cargas mencionadas.

El dinamismo de la carga de la prueba se sustenta en la igualdad material, enfocado a la corrección de los desatinos judiciales derivados de la aplicación de las reglas estáticas de esta carga, entendiendo que dentro del proceso pueden aparecer situaciones de desequilibrio entre las partes, que impidan un ejercicio eficaz del derecho a la defensa, en real igualdad de derechos y oportunidades,[12] buscando siempre la verdad y el

11. Juan Carlos Díaz-Restrepo. "La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional". *Entramado: Revista de la Universidad Libre de Cali* 12, n.° 1 (2016): 202, http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v12n1/v12n1a14.pdf. Consultado el 17 de noviembre del 2018.

12. Ibíd., 203.

convencimiento de los hechos determinados en la contienda legal.

Dentro del Código Civil y Comercial de la República de Argentina, en su artículo 1735, a la dinámica probatoria, se la entiende como una "redistribución" de la prueba, inmersa en las facultades judiciales de los jueces, cuyo texto señala que "[N]o obstante el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de (sic) permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa"[13], *esta dinámica no se convierte en imperativa sino en potestativa*, siendo que el juez, bajo la sana crítica dispondrá quien debe asumir la carga probatoria.

En el mismo sentido, dentro del referido cuerpo legal, en el Libro Segundo, título III, concerniente a los procesos de familia, el artículo 710 señala lo siguiente sobre los principios relativos a la prueba; "[L]os procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar." Esto va apuntalando el rol protagónico que va tomando el juez dentro del modelo procesal de oralidad, otorgándole facultades enfocadas al correcto desenvolvimiento del litigio y la búsqueda de la solución de conflictos, en base a la verdad material de lo sucedido.

Esta dinámica en el continente europeo, se encuentra conectada con los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, los cuales se encuentran consagrados en el artículo 217 apartado séptimo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, en la que señala que, para el establecimiento de la carga de la

13. Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación, Aprobado por la ley 26.994. Promulgado según decreto 1795/2014. Sección tercera, función resarcitoria.

prueba, el tribunal deberá examinar los principios antes mencionados de cada uno de los litigantes.

Esta facilidad y disponibilidad probatoria, implica entonces que, a pesar que cada sujeto procesal aporta los elementos de prueba que le son favorables (de acuerdo a los hechos expuestos), existirá casos en los que su contraparte (sea actor o demandado), pueda contribuir con dichas pruebas, de una manera más rápida o fácil, pese a que no es parte de su actividad probatoria propia, teniendo como consecuencia que si no acata lo dispuesto por el juzgador, se aplique las sanciones correspondientes dentro del proceso[14]. Se debe ser muy objetivo en esta dinámica, por cuanto, la imposición probatoria que se decida, se lo tendría que hacer tomando en cuenta las circunstancias de cada proceso, sus particularidades, y sobre todo el tipo de hecho que se requiere probar.

Como alude el maestro Peyrano, hay que ser cuidadoso también en la prueba que sea allegada por cualquiera de las partes en aplicación de esta dinámica, porque, el o los sujetos procesales, de la misma forma que se encuentra en mejor posición para producir una prueba, también están en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla para su propio beneficio.[15]

Es importante hacer énfasis, que este traslado de la práctica probatoria, únicamente debe aplicarse cuando quien alega el hecho, no tiene en su poder los elementos necesarios para demostrar el mismo, y su contraparte si los posee. *Esto no debe entenderse como una liberación de la presentación de prueba por los sujetos procesales o como un alivio de la carga probatoria*. "Téngase en cuenta que dicho desplazamiento no disminuye la intensidad probatoria que debe cumplir, tanto la parte afectada (…)

14. Mercedes Fernández López, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil* (Madrid: Editor La Ley, 2006), 147.

15. Jorge W. Peyrano, "Las cargas dinámicas probatorias, Hoy", en *Elementos de derecho probatorio,* dir. Jorge W. Peyrano, 424.

como su contraria, por lo que ambos (actor y demandado), deben generar una certeza moral plena en el órgano jurisdiccional acerca de los hechos y circunstancias cuya prueba se encuentra a cargo de ellas",[16] por ende, el esfuerzo en el aporte de cada una de las pruebas puede ser diferente (accionante y accionado), dependiendo de la complejidad del litigio.

Es así que, la Corte Suprema de Mendoza en Argentina hace referencia a la utilización indistinta de este dinamismo, dentro de la causa denominada "Dyaz de Siva", cuando expresa lo siguiente: "el moderno Derecho Procesal se nutre del denominado principio de las cargas probatorias dinámicas, que más que a reglas rígidas, atiende al orden normal de las cosas, al principio de equidad que pone la carga de la prueba sobre quien está en las mejores condiciones de acreditar un hecho a la conducta procesal de las partes."[17]

En el epígrafe anterior, se explicaba las dos categorías de la carga de la prueba, siendo que aquí es donde vuelven a cobrar fuerza, pues son la base para la distribución de la carga probatoria.

La dinámica cumple con las dos categorías del concepto tradicional de la carga probatoria (objetiva y subjetiva), esto es, primero, la asignación subjetiva de quien debe realizar el esfuerzo probatorio entre las partes procesales, segundo, el tiempo en el cual se debe desarrollar todo el litigio; y, finalmente, en caso de falta de prueba de hechos trascendentales, el juez emitirá su decisión o resolución con los elementos aportados al proceso.

16. Jorge W. Peyrano, "Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzo diferentes", en *Elementos de derecho probatorio,* dir. Jorge W. Peyrano, 424.

17. Argentina. Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Causa No. 48.373, "Dyas de Siva", sentencia del once de noviembre del año mil novecientos noventa y uno, citado por Analía Victoria Romero, "Cargas Probatorias Dinámicas", en *Elementos de derecho probatorio*, dir. Jorge W. Peyrano, 469.

En el Ecuador, con la implementación de la nueva norma procesal, se transformó la forma de desarrollar los procesos, especialmente en la parte de la obtención y práctica de pruebas. Ahora, se deben adjuntar todos los medios probatorios que se encuentren al alcance del accionante (documental, pericial, anuncio de testigos, etc.) en el acto de proposición, y las pruebas que no estén a su alcance, se las debe detallar y solicitar su obtención con el auxilio judicial. Dicha petición debe ser fundamentada, de tal manera que el propio actor sea quien las practique dentro de la audiencia correspondiente. De igual forma, se aplica la misma lógica para el demandado y su contestación a la acción planteada.

Dentro del artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, se han establecido ciertos casos de inversión de la carga de la prueba, pero de manera explícita en la legislación ecuatoriana, no existe una norma en la que se permita al juez disponga la aplicación de una dinámica probatoria, con el fin de que una u otra parte procesal practique determinada prueba, por encontrarse a su alcance.

A manera de ejemplo, cuando la contraparte (actor o demandado) tenga en su poder algún documento sumamente importante para el esclarecimiento de los hechos en conflicto, a petición de parte, dicho sujeto procesal deberá presentar el mismo, ante el juez hasta el día de la audiencia.[18] Ello no significa que quien presentó estos documentos deba practicarlos como prueba dentro de la audiencia, sino una vez que ha sido incorporados al proceso los mismos, el litigante que haya solicitado dicha presentación, es el encargado de producirla conforme las reglas procesales.

18. Ecuador, *Código orgánico general de procesos,* Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015. Art. 220.- La parte que requiera un documento privado que se encuentre en poder de la contraparte, podrá pedir a la o al juzgador que ordene su presentación hasta la audiencia. Si el que se presume tenedor del documento confiesa que se halla en su poder, estará obligado a presentarlo.

En definitiva, la dinámica probatoria se la debe aplicar, en los casos donde el juzgador identifique una extrema dificultad de los sujetos procesales en cuanto a la obtención de un medio probatorio, el cual debe ser debidamente justificado. Incluso debería demostrarse que quien pretende beneficiarse de uno u otro elemento de prueba, efectuó todas las diligencias necesarias para poder obtenerla, y quien está en mejor posición para practicar dicha prueba es su contraparte.

Entendiendo así la flexibilidad del concepto tradicional de carga probatoria, pero ello se debe llevar a cabo, considerando que, no todos los hechos y circunstancias relevantes del litigio deben caer en esta dinámica; con lo cual, con una debida aplicación de esta figura, la igualdad probatoria será totalmente real.

Bibliografía

Argentina. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Aprobado por la ley 26.994. Promulgado según decreto 1795/2014.

———. Suprema Corte de Justicia de Mendoza. *Juicio No. 48.373*, "Dyas de Siva", sentencia del 11 de noviembre del 1991, citado por Analía Victoria Romero, "Cargas Probatorias Dinámicas". en *Elementos de derecho probatorio,* dirigido por Jorge W. Peyrano, 459 – 474. Buenos Aires, AR: Rubinzal - Culzoni, 2017.

Avendaño Valdez, Juan Luis. "Las cargas probatorias dinámicas". En *Las garantías del justo* proceso, *ponencias del tercer seminario internacional proceso y constitución,* coordinado por Giovanni Priori Posada, 427-32. Lima, PE: Palestra Edit. 2013.

Bermúdez Muñoz, Martín. "El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad", *Revista Temas Jurídicos*. n.° 11 (1995), citado por Juliana Pérez, "La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa", *Revista estudios de derecho* LXVIII, n.° 152 (2011): 203-225. http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2374/1/PerezJuliana_2011_CargaResponsabilidadAdministrativa.pdf.

Colombia. *Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012*, Documento Oficial 48.489, 12 de julio de 2012, modificado en noviembre de 2018.

———. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. *SL 11325-2016. Radicación No. 45089*, 01 de junio del 2016. 20. http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bnov2016/SL11325-2016.pdf.

Díaz-Restrepo, Juan Carlos. "La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el orde-

namiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional". *Entramado: Revista de la Universidad Libre de Cali* 12. n.° 1 (2016): 202 – 221. http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v12n1/v12n1a14.pdf.

Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial Suplemento 506. 22 de mayo de 2015.

Echandía, Hernando Devis. *Compendio de la prueba judicial.* 2 vols. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni. 2000.

Fernández López, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil.* Madrid: Editor La Ley, 2006.

Peyrano, Jorge Walter. *Cargas probatorias* d*inámicas*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2008.

———. "Las cargas dinámicas probatorias, Hoy". En *Elementos de derecho probatorio,* dirigido por Jorge W. Peyrano, 421-28. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2017.

———. "Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes". En *Elementos de derecho probatorio*, dirigido por Jorge W. Peyrano, 429-32. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni. 2017.

Satta, Salvatore. "Los poderes del juez". En *Actos del juez y prueba civil,* compilado por Fernando Quinceno Álvarez. 61-74. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001.

Tamayo Jaramillo, Javier. *Responsabilidad civil médica en los servicios de salud*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1993.

LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN EL PROCESO CIVIL ORAL

Sumario

I. Introducción **1.1** Metas de la Oralidad **II.** Medios de impugnación en el proceso oral civil **2.1** Fases del recurso en los procesos civiles orales **2.2** Inserción de los recursos en el proceso civil oral. **2.3** Límites a la inmediación en las fases de impugnación **III.** Conclusiones.

Andrea Giovanna Hidalgo Miranda[1]

I. Introducción

El proceso oral dentro del Ecuador se ha querido implementar desde la expedición de la Constitución Política de la República en el año 1998, en la cual ya constaba que todos los procesos judiciales se llevarán a cabo a través del sistema oral en todas sus fases y etapas, para lo cual se manifestaba que "La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas. Se llevará a cabo mediante el *sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación"*[2].

1. Abogado de los Juzgados y Tribunales del Ecuador por la Universidad Técnica de Ambato. Abogada en libre ejercicio profesional. Correo electrónico: andrea31hidalgo.88@gmail.com

2. *Constitución Política de la República del Ecuador,* [1998], tit. I "De los principios fundamentales", art. 1 ([Quito]: Asamblea Nacional Constituyente, s. f.): 17.

Como un preámbulo, la oralidad en el Ecuador dentro de la administración de justicia antes de la implementación de la nueva norma procesal, tomó impulso en el desarrollo de los procesos penales, y de cierta manera en los procesos de índole laboral, pero esta oralidad no era totalmente pura, siempre ha existido una mezcla con el procedimiento escrito (procedimiento híbrido), debido a que hay ciertas actuaciones procesales que deben constar en forma física, para que las partes puedan acceder a ellas; y, es desde este punto de partida que se implementó el procedimiento oral en todas las materias jurídicas no penales, especialmente en el ámbito civil, debido a que existía una gran demora en la prosecución del litigio y mucho más en su resolución y ejecución.

Lo que se busca con estos procesos orales en materia civil, es que se perfeccione la aplicación de los principios dispositivo, inmediación, concentración[3] y contradicción; ligados íntimamente con los principios de eficiencia y celeridad procesal[4], consagrados ya en la Constitución de la República de 2008 y dentro de los principios rectores que constan en el Código Orgánico de la Función Judicial.

El Estado constitucional de derechos y justicia, ha dado un giro de 180 grados a la visión de la conformación y organización del Estado, se caracteriza por la justiciabilidad de los derechos, ya que aquí no existe una diferenciación entre los derechos catalogados de primera, segunda o tercera generación, sino que aquí todos ellos son jerárquicamente iguales y deben ser protegidos contra cualquier amenaza y/o violación que puede ser perpetrado por cualquier persona o institución pública.

Las reestructuraciones judiciales llevadas de la mano con el creciente activismo judicial (estimulado por el neo constitu-

3. Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, en Registro Oficial Suplemento, No. 544 (9 de marzo de 2009), art. 19.

4. Ibídem, art. 20.

cionalismo), ha provocado una significativa transformación del aparato judicial ecuatoriano. La Justicia adquiere una importancia enorme con la aplicación de los principios consagrados en la Carta Fundamental. Una de las finalidades más importantes de la administración de justicia es brindar un servicio de calidad al ciudadano, con la finalidad de tutelar adecuadamente los derechos de las personas, para lo cual la implementación de la oralidad se volvió un gran reto para la Función Judicial.

Para ello la Constitución de la República establece que *"la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo"*[5]. Esto debía cumplirse por cuanto era inadecuado tener un juez como mero espectador del proceso, y sin tener un contacto directo con los litigantes, como sucede en el sistema oral.

1.1 Metas de la Oralidad

La principal meta que debe alcanzar el proceso civil oral es que los principios de contradicción, economía procesal y concentración sean reales en el momento de la sustanciación del proceso civil, no bastará solo con la supresión de procedimientos o la eliminación de formalidades y el aumento de personal en las Cortes de Justicia para hacer el procedimiento más ágil y sin tantas demoras.

El proceso oral debe cumplir fielmente la finalidad de la justicia, el descubrimiento de la verdad procesal por parte del juez se da con la ayuda de las actuaciones desarrolladas dentro del sistema de audiencias que se implementaron, la examinación de testigos y peritos (examen judicial), el debate que se

5. Co*nstitución de la República del Ecuador,* [2008], tit. IV "Participación y organización del poder", cap. cuarto, "Función judicial y justicia indígena", art. 168 # 6 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización. s. f.): 91.

genera otorga al juez los suficientes recaudos procesales para emitir su resolución, con esto se logra evitar eficazmente las dilaciones y "trampas" que las partes trataban de efectuar en un procedimiento escrito.

> "El juicio oral público, contradictorio y continuo, se presenta como el mecanismo más apto para elaborar la reproducción lógica del hecho; como el más eficiente para descubrir la verdad; como el más idóneo para que el juez forme un recto y maduro convencimiento; como el más capaz de excluir el arbitrio judicial y dar a las partes la oportunidad de defender sus intereses"[6]

II. Medios de impugnación en el proceso oral civil

La impugnación ha sido siempre el expresar una inconformidad contra un acto procesal, buscando que se enmiende o se revoque –se deje sin efecto– dicha actuación, siempre y cuando se haya generado un agravio con dicho decreto judicial.

La existencia de medios de impugnación están supeditados a la ley, su procedencia se somete a que concurran ciertas condiciones catalogadas como necesarias para que éstos sean admitidos a trámite y de igual manera para que el tribunal respectivo pueda resolver la impugnación en base a la fundamentación realizada por la parte que interpuso el recurso[7], con lo cual habrá que distinguir entre procedencia, admisibilidad y su aceptación.

El eventual ejercicio de la actividad impugnatoria por la vía del recurso con lo mencionado anteriormente (dentro del proceso civil oral), depende que el recurso que se va a interponer ante la resolución que se ha determinado como equivocada

6. Fernando de la Rúa, *Teoría General del Proceso* (Buenos Aires: Ed. Depalma, 1991), 186.
7. Juan Montero Aroca, *Tratado de Juicio Verbal* (Valencia, Ed. Aranzadi, 2004), 1303.

o errónea, debe estar señalado taxativamente en la norma procesal.

Es así que *"los recursos solo pueden sustanciarse para conseguir la finalidad que le es propia, si concurre una serie de presupuestos y requisitos que primeramente permiten su inicio y posteriormente sostienen su prosecución hasta alcanzar la resolución que ordinariamente pone término a los mismos"*[8].

2.1 Fases del recurso en los procesos civiles orales

La concesión de los recursos dentro del proceso civil oral queda sujeta al cumplimiento de los requisitos de la ley y de la voluntad del juez, es decir, están sometidos a diversas reglas comunes, ya que si el juzgador considera que no reúne lo preestablecido en el Código correspondiente podría negarlo, en este caso específico la normativa quien regula la fase de impugnación en el país es el Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

La interposición de un recurso presupone un objetivo común, el cual se enmarca en la rectificación o sustitución de un acto procesal, el cual se ha expedido omitiendo normas procesales claras o entendidas de manera inadecuada por jueces o juezas, cabe mencionar que no todos los recursos se interponen de igual manera, ni dentro de los mismos términos, ni proceden en circunstancias análogas.[9]

Los términos para la presentación de recursos corren individualmente para cada una de las partes, desde el momento en que se notifica por escrito la resolución judicial, sea que esta fue

8. Ángel Bonet Navarro, *"Los Recursos en el Proceso Civil"*, (España, Ed. La Ley, 2000), 31.

9. Hugo Alsina, *"Derecho Procesal Civil y Comercial"*, (Buenos Aires, Cía. Editores, 1942), 604.

emitida o no dentro de audiencia[10], los términos instaurados para recurrir eminentemente son perentorios, lo que significa, que si ha transcurrido ya el tiempo otorgado para dicho efecto, caduca el derecho para poder hacerlo, y el auto o providencia quedará en firme y ejecutoriada.

La interposición de recursos es independiente, no se los puede interponer de forma sucesiva por cuanto dentro del COGEP existe una prohibición expresa, la cual menciona que "*es improcedente interponer en el mismo acto procesal, recursos horizontales y verticales sucesivos, excepto en el caso de aclaración o ampliación*"[11], con lo cual, el único remedio procesal que se podrá solicitar al juzgador de forma simultánea es la aclaración y ampliación cuando un auto haya dejado de resolver algo que fue materia de la controversia o exista oscuridad en lo manifestado por el juez.

2.2 *Inserción de los recursos en el proceso civil oral*

Los recursos no son otra cosa como menciona Carnelutti el modo de fiscalizar la justicia de lo resuelto, por lo tanto dentro de nuestro proyecto se establecen los siguientes recursos: aclaración, reforma, ampliación, revocatoria, apelación, casación y de hecho.

La reorganización del sistema de impugnación de las resoluciones judiciales, fue necesaria para otorgar al recurso la eficacia que la doctrina y los códigos más modernos le reconocen. Así, se puede considerar que la concesión de un recurso debe ser en efecto diferido o no suspensivo con el fin de agilizar la sustanciación de los procesos; y, el efecto suspensivo debería ser la excepción.

10. Ecuador. Proyecto Código Orgánico General de Procesos, art. 250.

11. Ibídem, art. 252.

Hugo Alsina menciona que se debe establecer un límite de tiempo para el ejercicio de los recursos dentro del sistema oral, pues en contrario, ni los autos interlocutorios adquirirían un carácter preclusivo, ni las sentencias definitivas la de cosa juzgada; es decir, que el avance del proceso no sería posible ni la Litis lograría una solución definitiva[12], por ello hay que tener en cuenta que estos remedios procesales deben ser igualmente ágiles sin afectar la inmediación.

También dentro del Código Orgánico General de Procesos, se ha eliminado la posibilidad de presentar algún recurso horizontal en los procesos que son considerados como "simplificados", con la finalidad de agilitar la prosecución del juicio.

2.3 Límites a la inmediación en las fases de impugnación

Dentro del actual proceso civil oral de cierta manera se limita la interposición del recurso de apelación y el extraordinario de casación, por cuanto en el primero de ellos, únicamente, son apelables los autos interlocutorios que la ley determine, esto es, que nos encontramos frente a la teoría del recurso legalmente previsto. Mientras que en el segundo se debe cumplir de forma inequívoca con una adecuada fundamentación de las cinco causales que se encuentran estipuladas para la casación dentro del Código Procesal.

Con lo manifestado, la interposición del recurso de apelación no es que se sujeta a causales para su admisibilidad, sino que, lo que se ha limitado es la procedencia en contra de ciertas actuaciones judiciales, como lo manifiesta Alejandro Ponce Martínez "no es admisible que se establezcan causas o causales para el recurso de apelación. Este es un recurso ordinario que tiene por objeto que el superior reforme, revoque o anule una

12. Hugo Alsina, Ob. Cit., 602.

decisión del inferior y, por ello, no puede estar sujeto a causas que lo limiten."[13]

Cabe decir que, la sustanciación en la instancia superior está fijada por los motivos invocados por el recurrente, en relación al agravio que se ocasionó con la emisión del auto impugnado.

Entre tanto en referencia a la Casación, se abre la posibilidad para que sean revisadas mediante el recurso extraordinario las resoluciones dictadas por las Cortes Provinciales, como única excepción al principio de que el recurso únicamente procede respecto a las resoluciones que pongan fin a los procesos de conocimiento. *"La casación es un recurso, regulado por la ley procesal, juzgado por un órgano jurisdiccional. Éste aspecto es el principal… por eso, ante todo es un medio de impugnación, con particularidades especiales, pero genéricamente idéntico a los demás recursos previstos en la ley procesal"*[14].

El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado[15].

13. Alejandro Ponce Martínez, *"Debate Constitucional"*, (Quito, Fund. Hanns Seidel, 2013), 24.
14. Fernando de la Rúa, Ob. Cit., 186.
15. COGEP, art. 266.

Por lo tanto, es importante que el casacionista cumpla con una debida fundamentación de su recurso, ya que es la última posibilidad que tienen los justiciables de remediar las omisiones o errores que hayan cometido los jueces a quo y a quem. Ahora el COGEP establece que se realizará una audiencia para resolver sobre este recurso de casación, lo cual causará un gran esfuerzo por parte de los magistrados de la Corte Nacional, tanto como para sus ayudantes judiciales, tomando en consideración que las causas provienen de todo el país, es aquí que la Sala de Admisiones de la Corte tendrá un papel fundamental en aceptar a trámite o no el recurso planteado.

III. Conclusiones

El procedimiento oral dentro del ámbito civil es una aplicación novedosa dentro del ordenamiento jurídico y su desarrollo depende ciertamente de las capacidades tanto de los funcionarios judiciales como de los Abogados, apoyados en la norma procesal, puesto que, el cumplimiento cuidadoso de los términos que aquí se encuentran, servirán para un correcto desenvolvimiento de los procesos judiciales.

La implementación de este proceso oral civil, permite que se efectivicen los principios de concentración, celeridad, eficacia, eficiencia, dispositivo y el de simplificación de los actos procesales. Pero fue un error acudir a Códigos extranjeros para implementar ideas y tratar de adaptarlos a nuestra realidad nacional, sin un "beneficio de inventario", y es así que se tiene ya varias reformas implementadas al COGEP, la más importante en junio del 2019, para mejorar la implementación de este sistema oral.

En este sistema, los jueces tienen un gran protagonismo y una mayor responsabilidad, al resolver los procesos puestos a

su conocimiento, ya que, la gran mayoría deberán ser resueltos dentro de la audiencia, por lo que el Consejo de la Judicatura deberá seguir implementando todos los recursos económicos y humanos necesarios para cristalizar el modelo al que estamos encaminados.

En relación a los recursos, su implementación trata de que los justiciables tengan los "remedios" procesales adecuados y pertinentes para que sean utilizados de una manera correcta, cumpliendo tanto la fundamentación, así como sus requisitos formales de cada caso.

La apelación puede referirse tanto al fondo de la decisión como a causas de nulidad, puesto que no puede admitirse que la violación de una garantía constitucional o la omisión de un prerrequisito procesal se mantenga en contra de la parte afectada.

Se debería regular dentro del recurso de casación la caución, tanto para su admisibilidad como en la ejecución de la misma cuando se rechaza este recurso.

Bibliografía

Alsina, Hugo, *Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Cía. Editores, 1942.

Bonet Navarro, Ángel, *Los Recursos en el Proceso Civil*, España, Ed. La Ley, 2000.

Constitución Política de la República del Ecuador, [1998], tit. I "De los principios fundamentales", art. 1 ([Quito]: Asamblea Nacional Constituyente, s. f.

De la Rúa, Fernando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1991.

Ecuador, *Código orgánico de la Función Judicial*, en Registro Oficial Suplemento, No. 544 de 9 de marzo de 2009, reformado en noviembre de 2011.

Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015.

Ibáñez, Frocham Manuel, *Tratado de los recursos en el Proceso Civil*, Buenos Aires, Omeba, 1987.

Francoz, Rigalt Antonio, *La Oralidad en el Proceso Civil, Ensayos*, México, UNAM, 1971.

Montero Aroca, Juan, *Tratado de Juicio Verbal*, Valencia, Ed. Aranzadi, 2004.

Ponce Martínez, Alejandro, *Debate Constitucional*, Quito, Fund. Hanns Seidel, 2013.

Von Mayrt, Roberto, *Historia del Derecho Romano*, Barcelona, Ed. Labor, 1926.

legislación

I

LOS DERECHOS Y EL ESTADO.

CÓDIGO DE COMERCIO

1. Antecedentes. En el R.O. No. 497 (s) de 29 de mayo de 2019 se publicó el nuevo Código de Comercio. El primer debate en la Asamblea se realizó el 15 de marzo de 2017. El segundo debate, los días 16 y 23 de octubre de 2018 y 12 de marzo de 2019. La objeción presidencial fue tratada el 9 de mayo de 2019. El nuevo cuerpo legal sustituyó al Código de Comercio codificado el 20 de agosto de 1960 y las posteriores reformas. En todo caso, la mayor parte de normas del viejo Código se conservan en el nuevo. El Código de Comercio, codificado en 1960, fue aprobado en 1906.

2. Justificaciones. En los considerandos del Código, la Asamblea justificó la expedición del nuevo Código de Comercio, entre otras, por las siguientes razones: a) por la obsolescencia y la carencia de sentido práctico de varias normas del antiguo Código, b) por la falta de correspondencia con las disposiciones constitucionales relativas al trabajo y a la producción, c) por la ausencia de regulaciones a las actividades monopólicas y a la publicidad engañosa. Se trata de justificaciones mal formuladas y que no son un antecedente objetivo de un cuerpo legal de la envergadura del nuevo Código de Comercio.

3. Principios. Entre los principios del Código de Comercio figuran algunos que carecen de justificación para ubicarse allí, como la equidad de género y la solidaridad (Art. 3). El Código no es una ley más. Lleva consigo la esencia de las relaciones contractuales y económicas. Es, en síntesis, el derecho mismo.

Su entendimiento no puede desnaturalizarse con principios ajenos a ese tipo de relaciones. Tan trascendentales son sus normas que en su mismo Art. 5 se dispone que sea norma supletoria de otras ramas especiales en cuyos actos se observe un ánimo o naturaleza mercantil. Más aún, se determina que se apliquen por analogía las sus normas o las del Código Civil para resolver los casos mercantiles no expresamente regulados.

4. Actos y operaciones mercantiles. La costumbre mercantil puede suplir el silencio del Código de Comercio y, cumpliéndose los requisitos del Art. 6, es posible que de origen a actos mercantiles no descritos en el Art. 8.

5. Empresa. Se define a la empresa como la unidad económica a través de la cual se organizan los elementos personales, materiales e inmateriales para desarrollar una actividad mercantil determinada. El establecimiento de comercio sirve para realizar los fines de la empresa. Pueden formar parte de una misma empresa varios establecimientos de comercio y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá ser parte de varias empresas (Art. 14). Al ser la empresa un ente susceptible de valoración económica, puede transferirse por acto entre vivos o transmitirse por causa de muerte (Art. 18).

6. Comerciantes o empresarios. Son las personas naturales que se dedican a actividades agropecuarias, manufactureras, agroindustriales, entre otras, y que, por el volumen de su actividad, tienen la obligación de llevar contabilidad (Art. 10). Se presume que una persona ejerce el comercio cuando tiene establecimiento de comercio abierto al público, salvo los que ejercen profesiones liberales (Arts. 12 y 11). También lo son las sociedades controladas por las entidades rectoras en materia de vigilancia de sociedades, valores, seguros y bancos. No existe una correlación clara entre los actos de comercio y quienes pueden ejercerlos.

REFORMAS AL COGEP

1. Antecedentes. La CC se pronunció sobre las objeción presidencial parcial, por inconstitucionalidad material, de las reformas al COGEP, aprobadas por la Asamblea Nacional, el 16 de octubre de 2018, mediante Dictamen No. 003-19-DOP-CC, de 19 de marzo de 2019, así como sobre la objeción total presidencial por inconstitucionalidad formal. La Asamblea aprobó 80 regulaciones normativas, en 70 artículos, 4 disposiciones transitorias, 4 disposiciones reformatorias, 1 disposición derogatoria y 1 disposición final.

2. Objeción Material por Inconstitucionalidad. De las 50 objeciones efectuadas por el Presidente, el 14 de noviembre del 2018, la CC declaró que procedía la objeción material de inconstitucionalidad de 11 disposiciones normativas. Según el Art. 139, en concordancia con el Art. 132, numeral 2, de la LOGJCC, la Asamblea debe enmendar, de las 11 normas, aquellas susceptibles de ser enmendadas para adecuarse a los términos previstos en el Dictamen. Declaró, además, que no procedía la objeción material de 38 disposiciones. Y no se pronunció acerca de la objeción de la Disposición Reformatoria Cuarta, dejándola en una especie de limbo jurídico.

3. Trámite Parlamentario. En consecuencia, autorizó que se proceda con el trámite parlamentario pertinente de promulgación tanto de las 30 disposiciones no objetadas por el Presidente como de las 38 que la CC no aceptó la objeción de inconstitucionalidad material.

4. Objeción Inconstitucionalidad Formal. La objeción total por inconstitucionalidad de forma fue rechazada. La Corte tramitó

las objeciones presidenciales de acuerdo con los artículos 139 y 438, numeral 3, de la Constitución, 75, numeral 2, 131 y 132 de la LOGJCC, y 89 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la CC.

5. Tutela Judicial. Gran parte de las reformas al COGEP están orientadas a mejorar el acceso a la justicia tanto de actores como demandados en los procesos judiciales, para lo cual se restringen las competencias de los jueces relacionadas con los medios de prueba en la calificación de demandas, sin que puedan ser archivadas fácilmente. A las contestaciones se les reconocen mayores garantías para evitar que un demandado quede en la indefensión.

LEY ORGÁNICA REFORMATORIA A LA LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN

1. Antecedentes. El 14 de febrero del 2019 fue aprobada la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Comunicación, después de dos debates que se llevaron a cabo en septiembre del 2018 y en diciembre del 2018, recibiendo la objeción parcial por el Presidente de la República el 17 de enero del 2019. La Ley está publicada en el R.O. Nº 432, del 20 de Febrero del 2019.

2. Libertad de Expresión y Censura Previa. En el capítulo II, sección I de la Ley de Comunicación se sustituyeron algunos artículos, que determinan un mayor respeto al derecho de libertad de pensamiento y de expresión. Se establece que no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel, de periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de la información. También se prohíbe la censura previa por parte de una autoridad, funcionario público, que en ejercicio de sus funciones o en su calidad apruebe, desapruebe o vete los contenidos previos a su difusión de cualquier medio de comunicación.

3. Derecho a la Rectificación. En la ley se manifiesta que las personas tienen derecho a que los medios de comunicación rectifiquen la información que han difundido sobre ellas, sobre asuntos a su cargo por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio en medios de comunicación. La persona afectada podrá ejercer las acciones constitucionales que le asistan o acudir a la Defensoría del Pueblo para que inicie los

procesos de protección de derechos. De la misma forma se aplicará en el Derecho a la réplica o respuesta.

4. Sistema de Comunicación Social. La Asamblea Nacional introduce un artículo nuevo a la ley, el 44.1, que define al sistema de comunicación social como el conjunto articulado de personas naturales o jurídicas que voluntaria y sistemáticamente intercambian información, a través de los medios impresos o servicios de radio, televisión, audio y vídeo por suscripción, aptos para trasmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados a la población.

5. Autorregulación Comunicacional. Se introduce también el artículo 91.1 sobre la autorregulación comunicacional, que es el equilibrio entre responsabilidad y libertad informática, que se materializa a través de la construcción de códigos de regulación voluntaria de la operación total o parcial de los medios, a través de la libre iniciativa basados en la defensa de la libertad de expresión y el derecho a la comunicación.

6. Servicio Público. En la reforma se sustituye, en el art. 71, el aspecto de que la comunicación sea un servicio público, parecido al servicio de agua potable u otro.

LEY DEROGATORIA AL IMPUESTO AMBIENTAL A LA CONTAMINACIÓN VEHICULAR (IMPUESTO VERDE)

1. ***Antecedentes.*** Durante el Informe a la Nación del 24 de mayo del 2019, el Presidente de la República, Lenín Moreno, anunció que se derogaría el impuesto verde, como respuesta a un reclamo ciudadano. En consecuencia, el Presidente remitió a la Asamblea Nacional el proyecto de Ley Derogatoria al Impuesto Ambiental a la contaminación vehicular. La Asamblea discutió este proyecto de ley y lo aprobó el 15 de agosto del 2019. La ley fue publicada en el Segundo Suplemento del R.O. No. 19 del 16 de agosto del 2019.

2. ***Impuesto Verde.*** La Asamblea derogó 11 artículos del Capítulo I "Impuesto Ambiental a la contaminación vehicular" en el Título "Impuestos Ambientales" de la Ley de Régimen Tributario Interno, donde estaba contenido el Impuesto Verde. Además se dispuso la derogatoria de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Régimen Tributario Interno y el artículo 16 de la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado.

3. ***Remisión de Intereses, Multas y Recargos.*** En la ley se dispone la remisión del 100% de intereses, multas y recargos derivados del impago correspondiente al Impuesto Verde. Para acogerse a dicha remisión, se establece el 27 de diciembre del 2019 como fecha límite para el pago del 100% del saldo de capital adeudado. Concluido este plazo, las personas que no hayan cumplido con dicho pago, se

tendrán que acoger al plan excepcional de pago, que establece cuotas anuales por el plazo de tres años para cancelar lo adeudado. En este plan excepcional de pago, se tendrá una rebaja del 50% del valor a pagar correspondiente al año 2019. Esta remisión se dejará insubsistente sólo por la mora mayor a 90 días en el pago de una de las cuotas.

4. ***Suspensión de Procesos Coactivos.*** La ley establece que la autoridad tributaria deberá suspender de oficio los procesos de cobro, incluidos los coactivos contra las personas que se acojan al proceso de remisión de intereses, multas y recargos de sus obligaciones relacionadas con el impago del Impuesto Verde. También se dispone que el Servicio de Rentas Internas dará de baja, de oficio y de pleno derecho, las obligaciones vencidas correspondientes al Impuesto Verde y al Impuesto a la Propiedad de los Vehículos Motorizados, una vez que se haya verificado que han transcurrido los plazos establecidos en el artículo 55 del Código Tributario, aún cuando se hubiere iniciado el procedimiento coactivo fuera de los plazos referidos.

LEY ORGÁNICA DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

1. ***Antecedentes.*** Desde el año 1991 existió en el Ecuador la Ley del Anciano, publicada en el R.O No. 806 del 6 de noviembre del mismo año. Esta ley fue derogada por la Asamblea Nacional en la Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores, publicada en el R. O. Nº 484, Suplemento, del 09 de mayo del 2019. Antes de ello, el Presidente objetó la ley por inconstitucionalidad y la Corte Constitucional resolvió la objeción el 12 de marzo del 2019 mediante el Dictamen No. 001-19-DOP-CC.

2. ***Fines de la Ley***. La ley, que tiene el propósito de garantizar el ejercicio de los derechos de las personas adultas mayores y garantizar su participación activa en asuntos de importancia nacional, plantea la creación del Sistema Nacional Especializado de Protección Integral de los Derechos de las Personas Adultas Mayores para cumplir con dichos fines.

3. ***Sujetos de la Ley.*** Se entiende como persona adulta mayor a aquella que ha cumplido 65 años de edad. Para hacer efectivos sus derechos, bastará la presentación de la cédula de identidad, pasaporte o algún documento que demuestre su identidad, exceptuando a la persona adulta mayor que se encuentre en situación de movilidad humana, en situación de callejización, abandono absoluto o cualquier condición de vulnerabilidad; sin perjuicio de que las personas adultas mayores que pertenezcan a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades que pudieran tener otro

medio de prueba al descrito anteriormente atendiendo a su especificidad intercultural.

4. ***Beneficios.*** Toda persona adulta mayor y con ingresos mensuales estimados en un máximo de 5 remuneraciones básicas unificadas o que tuviere un patrimonio que no exceda de 500 remuneraciones básicas unificadas, estará exonerada del pago de impuestos fiscales y municipales. Además se plantea la exoneración del 50% del valor de consumo en un plan básico de telefonía celular e internet, cuyo titular sea la persona adulta mayor. También se establece una exoneración del 50% del valor del consumo que causare el uso de los servicios de un medidor de energía eléctrica, cuyo consumo mensual sea de hasta 138 KW/hora; de un medidor de agua potable cuyo consumo mensual sea de hasta de 34 metros cúbicos; y, el 50% de la tarifa básica del teléfono fijo residencial de propiedad del beneficiario en su domicilio.

LEY ORGÁNICA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA

1. ***Antecedentes.*** La Asamblea Nacional debatió en septiembre del 2018, y en enero del 2019 la Ley Orgánica de Eficiencia Energética que fue aprobada el 12 de marzo del 2019. Esta ley cuenta con 22 artículos, 4 disposiciones generales, 2 disposiciones transitorias y 3 disposiciones reformatorias. La Ley está publicada en el R. O. Nº 449, Suplemento, del 19 de Marzo del 2019.

2. ***Objeto de la Ley.*** La Ley tiene por objeto establecer el marco legal y régimen de funcionamiento del Sistema Nacional de Eficiencia Energética, con el propósito de promover el uso eficiente, racional y sostenible de la energía en todas sus formas, aumentando la productividad energética y fomentando la competitividad de la economía nacional.

3. ***Sectores Regulados Por La Ley.*** Los sectores que suministran energía primaria y secundaria, los sectores consumidores de energía (público, industrial, comercial, transporte, residencial, entre otros), así como los órganos rectores y reguladores son los que se sujetarán a la Ley.

4. ***Eficiencia Energética en el Transporte.*** En la ley se determina que el transporte público se adaptará a la eficiencia energética a través de lo que se disponga en la planificación pública, por lo cual, el Ministerio rector de la política de transporte será el encargado de limitar los niveles de consumo y emisiones que deberán cumplir los automotores nuevos en los servicios de transporte.

5. ***Incentivos para la Eficiencia Energética.*** En la Ley se permite que los consumidores de energía que promuevan la eficiencia energética en su uso, podrán gozar de incentivos, como tasas diferenciadas. La eficiencia energética deberá ser comprobada a través del otorgamiento de certificados de ahorro de energía. Los GADs serán también quienes podrán establecer incentivos a la movilidad eléctrica.

LEY ORGÁNICA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

1. ***Antecedentes.*** La Asamblea Nacional aprobó la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo el 11 de abril del 2019. Está publicada en el R.O. Nº 481, Suplemento, del 06 de mayo del 2019. La Ley fue discutida en dos debates y recibió una objeción parcial por inconstitucionalidad del Presidente de la República el 9 de enero del 2019 y que fue resuelta por la Corte Constitucional mediante Dictamen No. 002-19-DOP-CC.

2. ***La Defensoría del Pueblo.*** En el artículo 2 de la ley se describe a esta institución como un órgano de derecho público desconcentrado, con jurisdicción nacional, que forma parte de la Función de Transparencia y Control Social. Es la encargada de velar por la promoción, protección y tutela de los derechos de todas las personas en el territorio nacional, de las ecuatorianas y los ecuatorianos en el exterior.

3. ***Principios.*** La Defensoría del Pueblo deberá respetar los principios de independencia, autonomía, pluralismo, igualdad y no discriminación, plurinacionalidad, progresividad y no regresividad, interdependencia, informalidad, gratuidad, celeridad y desconcentración.

4. ***Defensor del Pueblo.*** Es la máxima autoridad de este organismo y será designado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, bajo el proceso determinado por la ley. Será el encargado de representar legal, judicial y extrajudicialmente a la institución, organizar conjunta-

mente con la sociedad civil la conformación de los Consejos de Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos y la Naturaleza, además de establecer la estructura organizacional y autorizar los gastos conforme a la proforma presupuestaria y definir la normativa interna. El Defensor del Pueblo tendrá fuero de Corte Nacional de Justicia y gozará de inmunidad durante el ejercicio de sus funciones, sólo la Asamblea Nacional podrá enjuiciarlo políticamente de acuerdo a lo establecido en la Constitución.

5. ***Vicedefensor.*** El Defensor del Pueblo nombrará a la Vicedefensora o Vicedefensor, respetando los criterios de paridad, equidad e inclusión y deberá cumplir con los requisitos y criterios exigidos para el cargo de Defensor del Pueblo y le serán delegadas las competencias que considere pertinentes en virtud de la misión y visión de la institución.

6. ***Sociedad Civil.*** La sociedad civil participará en los procesos ejecutados por la Defensoría del Pueblo a través de varios mecanismos como el Consejo de Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos y la Naturaleza, donde se considerarán los temas nacionales urgentes que se deben solucionar en estos ámbitos. Las personas que conformen este consejo deberán ser seleccionadas por medio de un evento público convocado por el Defensor del Pueblo.

jurisprudencia

I

MATRIMONIO IGUALITARIO: FRAUDE CONSTITUCIONAL (VOTO SALVADO)

1. Antecedentes. El juez Hernán Salgado, junto a tres jueces más, no vota con los cinco jueces de mayoría, y presenta su voto salvado con el que critica duramente la argumentación del juez ponente de la Sentencia No. 11-18-CN/19, adoptada el 12 de junio de 2019, dentro del Caso No. 11-18-CN (matrimonio igualitario). Dice que la interpretación, que realiza la mayoría, del Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) (que, claramente, dice que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer) es "una nueva forma de ilusionismo constitucional" y "un proceso de mutación arbitraria que destruye la supremacía de la Ley Fundamental" (párrafo 2), que "podría derivar en un fraude a la Constitución" (párrafo 58). Les recuerda a los jueces de mayoría que el "juez constitucional no es un legislador y menos todavía un legislador constituyente" (párrafo 4).

2. Premisas falsas de la mayoría. Se señalan las siguientes premisas falsas en el razonamiento de los jueces de mayoría: A) El Art. 67 de la CRE es dudoso, al no ser claro ni preciso, y admite varias lecturas. B) La Opinión Consultiva de la Corte IDH (OC 24/17) es norma de rango constitucional vinculante, al tratarse de un instrumento internacional. C) El Art. 67 de la CRE puede ser objeto de consulta por tratarse de una norma jurídica según el Art. 428 de la CRE y la CC tiene competencia para atender la consulta formulada por los jueces de instancia. D) Procede el

control constitucional de una norma constitucional, fuera del control por la forma y en abstracto de las enmiendas o reformas, señalado en el Art. 106 de la LOGJCC. E) La consulta es sobre el Art. 67 de la CRE y no exclusivamente sobre las normas jurídicas de los Arts. 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Gestión de Identidad.

3. Método literal y sistemático versus método evolutivo. El Art. 67 no admite otra interpretación que la establecida en su texto. Es aplicable el método literal establecido en el Art. 427 de la CRE (párrafo 39). No es un principio constitucional, con un alto grado de indeterminación, ambigüedad y vaguedad, sino una norma jurídica con un alto grado de concreción y especificidad, que no deja duda, por lo que se debe "seguir su sentido gramatical y sistemático", ajustándose su sentido y alcance a la integralidad de la CRE, según el Art. 3, numeral 5, de la LOGJCC (párrafos 40, 44, 46, 48). Esta es un "cuerpo normativo que contiene un orden sistemático de prescripciones que deben ser leídas integralmente", siendo "inadmisible cualquier interpretación constitucional que anule ciertas normas constitucionales" (párrafo 52). Modificar el Art. 67 de la CRE "bajo el pretexto del método evolutivo, sin que medie ningún tipo de justificación, podría derivar en un fraude a la Constitución, pues supondría una reforma a su texto a través de un mecanismo de interpretación no previsto para tal efecto" (párrafo 58). "La forzada interpretación que promueve el texto del Juez ponente, no se ajusta al Art. 427 de la Constitución … desconoce la literalidad del Art. 67 de la Ley Fundamental, al otorgarle un sentido que no tiene, que lo modifica por completo … no precautela la integralidad del texto constitucional, porque realiza una interpretación que desconoce y anula otras disposiciones constitucionales, como puede ser el artículo 68 de la adopción, también

el 69 que se refiere a los padres y madres (paternidad y maternidad) … incluso anula los mecanismos de reforma constitucional" (párrafo 9).

4. Dimensión orientadora de la opinión consultiva de la CorteIDH. La CorteIDH no considera a sus opiniones consultivas como instrumentos internacionales sino como "una especie de jurisprudencia". Su objeto "no es ordenar a los Estados medidas concretas". Sirven para "coadyuvar a los Estados" para que cumplan sus obligaciones. Por ello, "son los propios Estados los entes encargados de determinar la forma en que se cumplirán sus obligaciones en materia de derechos humanos" (párrafos 75, 77, 84). Las OC, como la OC-24/17, "al no tratarse de un instrumento internacional, … no constituyen un parámetro de constitucionalidad" (párrafo 93). La CorteIDH les atribuye "efectos jurídicos innegables". "En vista de la ausencia de explicaciones acerca del significado de la expresión "efectos jurídicos innegables", la doctrina ha sostenido que su fuerza se apuntala en la autoridad científica y moral de la Corte (párrafos 85, 89). Carecen del efecto vinculante de las sentencias. La OC 24/17 "insta" a los Estados a efectuar las modificaciones internas correspondientes, lo cual ratifica que no tiene un efecto directo y mediato" (párrafo 92).

5. Control de norma constitucional y falta de competencia de la CC. La consulta de norma es un mecanismo de control constitucional para garantizar la supremacía constitucional. Pero las "disposiciones de la CRE no son susceptibles de ser controladas", salvo en el caso del control del Art. 106 de la LOGJCC (enmiendas o reformas) y solamente por la forma y en abstracto, nunca por el fondo y en concreto. Constituyen "su propio

canon o parámetro de constitucionalidad" y "no cabe que dentro del control de constitucionalidad, el objeto de análisis sea un precepto contenido en la propia Norma Fundamental" (párrafos 19, 20, 22). Se destroza en el Voto Salvado la premisa del ponente de mayoría que "la Constitución ni la ley excluyen la posibilidad que esta norma jurídica (la consultada) pueda ser una norma de la misma Constitución" (párrafo 24). "La función pedagógica de la Corte Constitucional" no puede servir de pretexto para "actuar en una consulta de norma atendiendo a aspectos ajenos a la naturaleza jurídica de esta herramienta" (párrafo 31). La CC debe actuar en el marco de sus competencias constitucionales y legales (párrafo 30). Los consultantes (jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha) incurren en varios equívocos. La Sala de Admisión, sin embargo, perfila la consulta excluyendo la confrontación entre la CRE y la OC 24/17, por lo que la CC sólo debe pronunciarse, según el Art. 428 de la CRE, sobre la constitucionalidad de los Arts. 81 del CC y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad.

6. Algunos mitos constitucionales. Reputados internacionalistas y constitucionalistas han dicho que en la Sentencia de mayoría se encuentran algunas nociones jurídicas, que se las hace pasar como verdades cuando no son más que mitos jurídicos. *La interpretación más favorable de los derechos* conduce a equivocaciones antes que a aciertos, cuando se debe resolver si es más favorable la protección de la autonomía frente a la dignidad o de la libertad de expresión frente a la protección de víctimas. *La obligatoriedad directa de los instrumentos internacionales* no es automática en el caso de todos los instrumentos. *El control de convencionalidad* apareció el 2006 y, desde ese año, la CorteIDH ha tratado de profundizarlo gradualmente, sin que existe consenso determinante sobre su real alcance.

MATRIMONIO IGUALITARIO: CONSTITUCIÓN AXIOLÓGICA (VOTO CONCURRENTE)

1. Juez construye la norma objeto de la consulta de constitucionalidad por inferencia. Los Arts. 81 del Código Civil (CC) y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (LOGIDC) no contienen simplemente una definición de matrimonio sino que incorporan una condición necesaria para que una pareja de personas tenga el poder jurídico para contraer matrimonio, esto es, que se trate de un hombre y una mujer, dice el juez Alí Lozada en el voto concurrente de la sentencia No. 10-18-CN/19, de 12 de junio de 2019. Infiere que ambas disposiciones legales contienen implícitamente una misma norma, la de que "las parejas del mismo sexo no tienen el poder jurídico de contraer matrimonio". Para él, ésta es, entonces, la "norma jurídica objeto de la consulta", a la que se refiere el Art. 428 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE). Por cierto, con una nota de pie de página (No. 1), aclara que no es una norma regulativa que prohíbe el ejercicio del poder jurídico de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, sino que es el fragmento de una norma que confiere poderes que excluye a las parejas del mismo sexo del otorgamiento del poder jurídico de casarse. Luego de esta disquisición, el juez advierte que la norma legal cuestionada "sería" inconstitucional si el legislador estuviera obligado a instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

2. Problemas jurídicos. ¿La CRE obliga al legislador democrático a instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo?, es el problema específico formulado por el juez, mientras el subproblema es, ¿la CRE prohíbe al legislador democrático instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo?. Recurre al análisis basado en la obligación, prohibición y permisión, teorizado por Robert Alexy, para reforzar la idea de que una norma legal es inconstitucional cuando la CRE le prohíbe al legislador una determinada determinación normativa incorporada a esa norma.

3. Máxima prioridad sustantiva y tejido axiológico. La constitución del Estado constitucional se caracteriza porque su "supremacía no consiste simplemente en su máxima jerarquía formal sino también en su máxima prioridad sustantiva", según los arts. 424 y 1 de la CRE. Un "tejido axiológico (de principios, fines y valores de justicia) subyace al documento constitucional, aunque, al mismo tiempo, lo trasciende". La constitución es superior a la ley por el "peso de su contenido moral". La CRE concede supremacía constitucional no sólo "a los principios, fines y valores cardinales" sino a los subyacentes tratados de derechos humanos (Art. 424), así como a los demás derechos derivados de la dignidad (Art. 11:7). Ese tejido axiológico hace del Estado constitucional un Estado de derechos y justicia y le da sentido, unidad y cohesión al bloque de constitucionalidad. La interpretación constitucional debe abordar el significado de la Constitución en su integralidad.

4. Argumentos literalistas e intencionalistas versus interpretación del bloque de constitucionalidad y ponderación. El juez dice que son muy débiles los argumentos literalistas a favor de

una lectura literal de los los arts. 81 del CC, 52 de la LOGIDC y 67 de la CRE, al igual que el argumento que invoca la intención del constituyente al aprobar el Art. 67 de la CRE. Consideran a la Constitución únicamente en su dimensión formal, la ven como un mero documento dictado por el constituyente, olvidándose que el Art. 427 de la CRE "no confina su interpretación en el simple tenor literal y a la mera voluntad del constituyente, sino que la abre a la Constitución en su integralidad, a la plena vigencia de los derechos y a los principios generales de la interpretación constitucional, desarrollados -estos últimos- ampliamente en los arts. 2 y 3 de la LOGJCC". Para saber si la CRE establece un cierto derecho fundamental de las parejas del mismo sexo, es insuficiente "interpretar aisladamente una disposición constitucional", pues, se debe "interpretar el bloque de constitucionalidad en su conjunto … el documento constitucional completo y, sobre todo, el tejido axiológico constitucional". La "interpretación cabal" ha de consistir en "identificar y, luego, ponderar los principios, fines o valores constitucionales que operan a favor o en contra de las hipótesis en juego: las de obligación, permisión o prohibición legislativa de instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Para no parecer activista, el juez trata de hacer una deferencia al constituyente para no desconocer el valor de la democracia, "uno de los mimbres primordiales del tejido axiológico constitucional". Sin embargo, a su manera, desfigura las actuaciones de algunos constituyentes, con glosas de opiniones aisladas, para demostrar que los constituyentes no prohibieron el matrimonio homosexual. En el camino, ataca despiadadamente al catecismo católico. Su agenda política queda clara cuando concluye que la grandeza del Estado constitucional es el sumak kawsay y la gestión de la pluralidad.

5. Ponderación entre democracia y protección de la familia. Derecho al matrimonio. Con argumentos sistemáticos, teleológicos y valorativos afirma que el matrimonio es un medio para la conformación o consolidación de la familia, reconocida por la CRE en el Art. 76, como el "núcleo fundamental de la sociedad", además de la protección de la familia en sus diversos tipos. Invoca la sentencia Obergell v Hodges (576 US 2015) del Tribunal Supremo de USA para reforzar la idea que el matrimonio "brinda apoyo a una unión entre dos personas como ninguna otra". Por ello dice que el matrimonio es un derecho constitucional. Más aún, los derechos a la protección de la familia y al libre desarrollo de la personalidad "operan a favor de la existencia constitucional del mencionado derecho de las parejas del mismo sexo". El derecho a la igualdad formal (Art. 11:2 CRE) apoya la existencia del derecho fundamental al matrimonio de las parejas del mismo sexo. Entre la deferencia al constituyente y al principio democrático y la protección de la familia y el libre desarrollo de la personalidad (Art. 66:5 CRE), el juez, en su primera conclusión intermedia, señala que la afectación a esos principios democráticos es menor, si se considera que el Art. 67 de la CRE no le prohíbe al legislador que instituya el matrimonio entre personas del mismo sexo. De este modo, el juez descarta la hipótesis que el Art. 67 de la CRE establece una prohibición al legislador. Y, enseguida, formula la hipótesis que la CRE ha dejado a la discrecionalidad del legislador instituir el matrimonio homosexual, es decir, el legislador está simplemente permitido de instituir ese tipo de matrimonio. No está en la obligación de hacerlo. Sin embargo, dice el juez que se debe "establecer si el peso del principio de la deferencia al constituyente y el valor de la democracia es suficiente para con-

cluir que la CRE ha dejado a la discrecionalidad del legislador el instituir o no el matrimonio mencionado (como parte de su libertad de configuración de los derechos a la protección de la familia y al libre desarrollo de la personalidad)".

6. Presunción de constitucionalidad de las normas legales y test de igualdad o proporcionalidad. El tenor de los arts. 81 del CC y 52 de la LOGIDC es unívoco, dado que paladinamente establece que las parejas del mismo sexo no tienen el poder jurídico de contraer matrimonio. No es unívoco el tenor del segundo inciso del Art. 67 de la CRE. Esas normas legales gozan de la presunción de constitucionalidad (Arts 76:2 y 76:3 de la LOGJCC) por el valor constitucional de la democracia (Art. 1 CRE) y porque son el fruto de la democracia deliberativa (Art. 137 CRE, Sentencia No. 018-18-SIN-CC). El juez somete a las dos normas legales, con la norma jurídica inferida por él, al test de igualdad, que no es sino "una aplicación del principio de proporcionalidad". Y concluye que no pasa la primera fase del test porque carece la norma objeto de la consulta de constitucionalidad de un fin constitucional, explícito o implícito, que pueda invocarse para justificar la privación del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo. La "norma es sospechosa de ser discriminatoria ya que introduce una diferenciación basada en la orientación sexual de las personas (Art. 11:7 CRE). Hasta la aplicación del test de igualdad, los razonamientos del juez son, al menos, interesantes. Se desmorona su esfuerzo intelectual de fundamentar su postura cuando, al hablar de la igualdad material, adopta la posición de economista y sociólogo con afirmaciones infundadas sobre crecimiento económico e impactos sociales de las exclusiones por sexo. Recurre a estadísticas del 2003 para explicar lo que ocurre

el 2019. Afirma que la exclusión de los homosexuales afecta al PIB. Y, por último, abraza el ideal del buen vivir, en una especie de adoctrinamiento de género.

7. Democracia y derechos fundamentales. El juez, luego de todas las disquisiciones posibles sobre la igualdad formal y, sobre todo, la igualdad material, pone en la balanza, por un lado, al principio de deferencia al constituyente conjuntamente con el valor de la democracia representativa y deliberativa, e, indirectamente, el principio de deferencia al legislador común, y, por otro lado, los derechos de protección a la familia, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad formal y a la igualdad material. Invita a dirimir la tensión entre democracia y derechos fundamentales. Concluye que la afectación a la democracia tiene una intensidad baja, dado que no es nítido el significado de la intención y del texto del constituyente (prohibir el matrimonio entre parejas del mismo sexo) y porque la exclusión del matrimonio de esas parejas no persigue realizar ningún principio, fin o valor constitucional. Por el contrario, la gravedad de la violación de los derechos fundamentales tiene una intensidad alta, especialmente por la afectación a la dignidad de los homosexuales por la marginación de la que son objeto. Esta última explicación de carácter fáctico, basada en una reflexión sobre la igualdad material, es débil.

8. Convención americana de derechos humanos, derecho al matrimonio y bloque de constitucionalidad. Por el Art. 424, inciso segundo, de la CRE lo "convencional se vuelve constitucional" por la dimensión sustantiva de la Constitución. La CADH puede ser interpretada por la CC. Sin embargo, conviene allanarse a la interpretación que haya hecho la CorteIDH. El

Art. 17.2 de la CADH, interpretado en la OC-24/17 "incorpora en la Constitución ecuatoriana el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, entendido como el derecho a que el legislador instituya (es decir, haga posible y regule) para ellas el matrimonio, confiriéndoles, con ello, el poder jurídico de casarse". Con la CADH el derecho al matrimonio de las personas del mismo sexo pasa a formar parte de la CRE, como un todo, dentro del bloque de constitucionalidad. En tal virtud, el legislador ecuatoriano no está simplemente permitido de instituir el matrimonio de parejas del mismo sexo, como se dijo, en una hipótesis, antes de analizar el impacto de la CADH. El legislador "está obligado a instituir ese matrimonio". Dice el juez que si se concluye lo contrario se provocaría "responsabilidad internacional del Ecuador".

9. Decisión. Es inconstitucional la norma jurídica contenida en los arts. 81 del CC y 52 de la LOGDIC. El legislador ha quebrantado el deber de instituir el matrimonio de las parejas del mismo sexo. Se declara la inconstitucionalidad sustitutiva y sustractiva de las disposiciones legales, de la expresión "hombre y mujer" y del término "procrear".

10. Conversión de derechos humanos en derechos fundamentales y constitucionalismo líquido. El juez convierte el derecho contenido en la CADH en derecho fundamental, es decir, derecho reconocido en la CRE. Villaverde Méndez, citado por Angel Gómez Montoro (REDC, No. 115, 2019, p. 53), dice que tal conversión es parte del constitucionalismo líquido, una tendencia con un nuevo entendimiento de los derechos y que pone en peligro el papel esencial de la Constitución, que deja de ser

una referencia estable y cierta, esto es, el texto de la interpretación constitucional, confinada en su literalidad, para convertirse en el pretexto para legitimar interpretaciones de sus preceptos, como consecuencia del retorno de la moral o, en última instancia, de un retorno del iusnaturalismo, especialmente agravado por el principialismo.

MATRIMONIO IGUALITARIO Y MANIPULACIÓN DE OBJETO CONSTULTADO (I)

1. Antecedentes y decisión. Con los votos de cinco jueces de la Corte Constitucional (CC), uno de ellos voto concurrente (Juez Lozada), se aprueba la Sentencia No. 11-18-CN/19, dentro del Caso No. 11-18-CN, el 12 de junio de 2019, que *incorpora el matrimonio igualitario, entre personas del mismo sexo, dentro del Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), que dispone, claramente, que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, bajo el argumento que la Opinión Consultiva OC-24/17 de la CorteIDH es una "interpretación auténtica y vinculante de las normas de la CADH, que forma parte del bloque de constitucionalidad para reconocer derechos"* y que, en consecuencia, "la Constitución, de acuerdo al artículo 67, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos … interpretada por la CorteIDH mediante la OC-24/17, reconocen el derecho al matrimonio entre hombre y mujer y el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo" (párrafo 300). Le hacen decir al Art. 67 de la CRE lo que no dice, gracias a falacias de composición y de afirmación del consecuente.

2. Manipulación del objeto de la consulta. El Tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha consulta "si la OC-24/17 es constitucional y aplicable sin que se proceda en forma previa a reformar los arts. 67 de la CRE, 52 de la LOGIDAC (Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles) y 81 del CC (Código Civil) … debido a que la OC-24/17 estaría

en contradicción con el art 67 de la CRE", pues el "criterio" de la CorteIDH "contravendría el mandato contenido en el art 67" (párrafo 20). Los jueces de mayoría, al formular los problemas jurídicos, mediante preguntas, *excluyen de la controversia la constitucionalidad de los arts 52 de la LOGIDAC y 81 del CC para colocar en el centro del debate el art. 67 de la CRE* (párrafos 21, 22).

3. Aplicación directa de las opiniones consultivas por presunción. En la Sentencia no se demuestra que las opiniones consultivas de la CorteIDH sean instrumentos internacionales. Con referencias aisladas a varias normas constitucionales que hablan de los derechos, los cinco jueces presumen que, por referirse a derechos, tales opiniones son instrumentos internacionales y, como tales, gozan de la aplicabilidad directa prevista en los arts. 417 y 426 de la CRE (párrafos 26, 27). Refuerzan la *presunción con la idea que las opiniones consultivas "gozan de particular legitimación democrática", son "interpretaciones con autoridad", "los derechos y garantías que se derivan de la interpretación auténtica de la CorteIDH a la CADH … son parte del sistema jurídico ecuatoriano"*, han sido invocadas en sentencias de la CC (en materia de libertad de expresión, Sentencia No. 003-14-SIN-CC) y la CC ya "utilizó, como fundamento para resolver el caso, la OC-24/17" (Sentencia 184-18-SEP-CC) (párrafos 35, 36, 37). Concluyen que "los derechos y las garantías reconocidos en la OC-24/17 forman parte del bloque de constitucionalidad … y tienen la misma jerarquía normativa constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico ecuatoriano" (párrafo 39). Eluden pronunciarse sobre el efecto vinculante y optan por la línea de la aplicación. Concluir sobre la base de presunciones constituye una falacia de generalización.

4. Inventada tensión de dos normas de igual jerarquía para interpretar solo una de ellas. Los jueces dicen que la OC-24/17

es clara al reconocer que las parejas del mismo sexo tienen derecho al matrimonio y no puede ser objeto de interpretaciones por ser el resultado de una "interpretación autorizada" de la CorteIDH, mientras "la norma constitucional tiene que ser interpretada con la ayuda de varios métodos de interpretación para dilucidar si el resultado de la interpretación literal es constitucional a la luz de nuevas normas e interpretaciones de normas jurídicas aplicables en el Ecuador". Al haberle dado la categoría de norma jurídica constitucional a la OC-24/17, afirman que *la "aparente tensión entre las dos normas que forman parte del sistema jurídico ecuatoriano" (el Art. 67 y la OC-24/17), "que es un problema jurídico complejo,* se abordará el tema de forma integral y sistemática" (párrafos 49, 50). La OC-24/17 se originó en una consulta por un caso en Costa Rica, no en el Ecuador. No es tratado ni instrumento internacional. Es audaz otorgarle una jerarquía superior al Art. 67 de la CRE.

5. Desnaturalización de la interpretación literal del Art. 67 de la CRE. "La interpretación restrictiva de una norma constitucional, en este caso el artículo 67, de forma literal y aislada, es contraria a la Constitución" por cuanto la interpretación literal está condicionada por la integralidad (Art. 427 CRE) y el juez puede alejarse de la interpretación literal cuando esta interpretación pueda acarrear violaciones a los derechos humanos (Art. 3:7 LOGJCC) (Párrafos 75, 68, 69, 74). Los jueces utilizan un disfrazado pretexto (interpretación aislada) y la búsqueda de un resultado justo (lo que dice la OC-24/17) para *eludir la interpretación literal del Art. 67 y recurrir, por lo tanto, a otros métodos de interpretación adicionales que conduzcan al principio de proporcionalidad* (párrafo 88). Desconocen que la interpretación literal debe utilizarse cuando la norma es clara y que esta interpretación no aisla a la norma interpretada porque el Art. 427 de la CRE exige que se manifieste su sentido a la luz de la integralidad del texto constitucional.

6. Inferencia arbitraria de los derechos a la familia y al matrimonio. El más poderoso argumento de los jueces de mayoría se deriva de una pregunta tendenciosamente formulada, esto es, "si el derecho de las personas a tener familia puede ser restringido razonablemente a un grupo de personas que se distinguen por su identidad sexo genérica", sin anular el "ejercicio de un derecho en general", "el derecho al matrimonio" (párrafos 76, 87). Luego de citar los arts 3:1 y 66:4 de la CRE, sobre el derecho a la igualdad, se desglosan los tres elementos del Art. 11:2 que configuran el trato discriminatorio: A) sujetos en igual o semejantes condiciones, B) trato diferenciado por una de las categorías (orientación sexual), C) resultado con diferenciación justificada o discriminatoria (párrafo 82). *Los jueces infieren de tratados e instrumentos internacionales, no de norma constitucional alguna, que existen dos derechos constitucionales, el derecho a tener familia y el derecho al matrimonio*, que corresponden a todos, sin distinción, y que el derecho a la familia solamente se ejerce mediante el derecho al matrimonio (párrafo 58). Sin embargo, *el matrimonio no figura como derecho sino una institución fundamental reconocida por la CRE.* Por lo demás, el matrimonio no es la única vía para tener familia, en sus diversos tipos. La CRE habla de la familia "en sus diversos tipos" sin establecer derecho alguno a la familia. Si los jueces no infieren esos derechos, se les cierra la puerta para aplicar el principio de proporcionalidad y concluir que existe discriminación. *El derecho al matrimonio no es un derecho constitucional establecido en la CRE. Se lo llama derecho en la CADH. Ontológicamente, el matrimonio no es un derecho sino una opción. No es jurídicamente exigible.*

MATRIMONIO IGUALITARIO: APLICACIÓN ARBITRARIA DE LA PROPORCIONALIDAD (II)

1. El test de proporcionalidad aplicado con artificios. Los jueces de mayoría someten al test de proporcionalidad el matrimonio entre hombre y mujer, como una medida, no como un derecho, en función de lo que dispone el Art. 3:2 de la LOGJCC (verificar que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido). ¿Puede someterse a los cuatro elementos del test el contenido del Art. 67 de la CRE, concibiéndolo como una medida en cuestión? Si para los jueces el matrimonio es un derecho, ¿cómo lo transforman en medida sujeta al test de proporcionalidad? *Toda la construcción teórica anterior de la Sentencia se la utiliza para abrir la puerta a este test que permita validar una discriminación irrefutable en el Art. 67.*

2. Fin constitucional válido por inferencia judicial. Al verificar el cumplimiento del primer elemento del test de proporcionalidad, se concluye que no existe finalidad constitucional alguna para excluir del matrimonio a las parejas del mismo sexo, por lo que la interpretación restrictiva y literal del Art. 67 es inconstitucional (párrafo 109). Por inferencia se deduce que los fines constitucionales válidos del matrimonio son "constituir una familia sin discriminación y gozar de la protección del Estado", dado que el Art. 67 no menciona fin alguno (párrafo 107). Ni siquiera la única medida regresiva de derechos que tolera la CRE (Art. 11:8), esto es, la anulación de derechos "justificada",

permite la exclusión de las parejas del mismo sexo justificadamente. Son jurídicamente irrelevantes los comentarios de los jueces sobre la improcedencia de los fines extralegales (anomalías biológicas y creencias religiosas) y legales (procreación) (párrafos 94, 98). Llama la atención que se aproveche la sentencia para desfigurar a uno de los más grandes juristas ecuatorianos, Juan Larrea Holguin (párrafos 97, 99).

3. Idoneidad. El segundo elemento del test de proporcionalidad se lo aplica sin ningún problema luego de haberse levantado el edificio argumentativo para destruir el sentido del Art. 67 de la CRE. "La exclusión del matrimonio de las parejas del mismo sexo no es una medida idónea para constituir y proteger la familia" (párrafo 111). El medio, esto es, el matrimonio heterosexual y la restricción del matrimonio de las parejas del mismo sexo, no es idóneo para la realización del fin constitucionalmente válido, de "formar una familia". La restricción no es un medio idóneo.

4. Necesidad. En la aplicación del tercer elemento del test de proporcionalidad se debilita la fuerza argumentativa de los cinco jueces. Queda en evidencia que existen otras medidas, unión de hecho, que permite formar una familia a las parejas del mismo sexo. Luego de admitir que la unión de hecho y el matrimonio son medios para constituir una familia y que el matrimonio heterosexual es "uno de los medios entre varias posibilidades", concluyen que la exclusión del Art. 67 "no puede en ningún caso considerarse una medida necesaria" (párrafos 116, 117). Ven al matrimonio heterosexual como la medida más gravosa y que más daño provoca para lograr el fin constitucional válido.

5. Proporcionalidad propiamente dicha y el inferido derecho constitucional al matrimonio. *Para concluir que "el matrimonio exclusivo heterosexual sí afecta gravemente a las parejas del mismo sexo", se dice, al aplicar el cuarto elemento del test, que la afectación ocurre "porque anula su derecho a acceder al matrimonio" considerado éste como un "derecho constitucional" (párrafos 124, 127). El matrimonio no es un derecho constitucional de nadie*. Es una institución constitucional fundamental, pues, así lo define la CRE, en su art. 67. En la Sentencia, no obstante, *se insiste en fabricar el derecho constitucional al matrimonio, invocando lo que dice del matrimonio la CADH, para aplicar el test de proporcionalidad, que no podría utilizarse si el matrimonio fuera lo que es, una opción que deviene del ejercicio pleno de la libertad y, en particular, del derecho al desarrollo libre de la personalidad, éste sí, derecho constitucional reconocido en la CRE (Art. 66:5). El jurista Juan Larrea Holguin, el mayor civilista ecuatoriano, nunca dice que el matrimonio sea un derecho; lo define como un contrato y una institución (Cfr Derecho Civil del Ecuador, T. II, CEP, 1985, Quito, 57-68). El matrimonio está en el Art. 67 de la CRE por ser una institución de orden público. Esta norma constitucional no reconoce explícitamente el derecho "constitucional" al matrimonio. De la definición del Art. 81 del Código Civil no se desprende tampoco el derecho "constitucional" al matrimonio. Lo que se puede encontrar en este Código es el conjunto de derechos que se derivan del contrato de matrimonio. La noción del matrimonio como derecho está en la CADH (Art. 17:2). Con las cláusulas abiertas de la CRE es posible incorporar ese derecho al ordenamiento nacional, con el problema que no es un derecho jurídicamente exigible, en los términos del Art. 67 de la CRE. El hombre o la mujer no puede exigir su derecho, por tratarse de una opción libre.* Dice la CC que "en la proporcionalidad se aprecia los derechos de unos titulares con otros titulares, cuyo ejercicio entra en coli-

sión". La restricción de derechos sólo es legítima cuando la realización de otros derechos es mayor o, al menos, equivalente. E ilegítima, si la medida restrictiva tiene consecuencias desventajosas. El derecho supuestamente protegido es el derecho de las parejas heterosexuales al matrimonio. El derecho restringido es el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio (párrafo 120). La discriminación, tan condenada en la OC-24/17, se manifiesta en Ecuador "cuando unos gozan del derecho al matrimonio y otros tienen anulado" ese derecho, dice la Sentencia de mayoría. No precisa la CC, en todo caso, que considera al matrimonio un derecho por aplicación de la CADH. En Europa la Corte de Estrasburgo no reconoce el matrimonio igualitario porque la Convención Europea de DDHH no establece ese tipo de matrimonio entre personas del mismo sexo. La CorteIDH, en cambio, encontrándose en la misma situación que la Corte Europea de DDHH -dado que la CADH habla del derecho al matrimonio entre hombre y mujer- interpretó, con la OC-24/17, el Art. 17 de la CADH, para inferir que sí procede el matrimonio igualitario.

6. Jerarquía axiológica versus jerarquía normativa y normas de definición versus normas prescriptivas. En la jerarquía normativa se aprecia el lugar de las normas (Art. 425 CRE), mientras en la jerarquía axiológica (Arts. 426, 11:5 CRE) se aprecia el contenido, pudiendo la norma más favorable a los derechos incorporarse al texto constitucional como ocurre con los instrumentos internacionales que, en la jerarquía normativa, están debajo de la CRE (párrafo 131). El Art. 67 de la CRE no es una norma prescriptiva ni de conducta sino una norma de definición, que no crea ninguna obligación, no prohíbe, ni permite, y, en consecuencia, permite varias interpretaciones, al menos tres, entre

ellas, que "está permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo", dado que en un "Estado plurinacional y en una sociedad diversa no puede existir un concepto único y excluyente de matrimonio y se debe escoger la interpretación que permita a la mayor cantidad de personas ejercer derechos", todo ello reforzado por el "principio de favorabilidad de los derechos" (párrafos 132, 134, 135). La interpretación de la CorteIDH al art 17(2) de la CADH, sobre el matrimonio entre hombre y mujer (párrafo 133), es el sustento de los jueces de mayoría para darle otro sentido al Art. 67 de la CRE sin cambiar su texto. La interpretación, en estos términos, resulta maleable, por discrecional.

MATRIMONIO IGUALITARIO: CONSTITUCIÓN ELÁSTICA, BLOQUE CONSTITUCIONALIDAD E INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA (III)

1. Bloque de constitucionalidad y claúsulas abiertas. El bloque de constitucionalidad significa, a decir de la sentencia de mayoría, apoyada en sentencias de la CC (No. 0001-09-SIS-CC, 007-09-SEP-CC, 374-17-SEP-CC, 001-18-SCN-CC), que los derechos enumerados en la CRE no son taxativos, dado que su reconocimiento es enunciativo, de tal manera que los derechos que no constan en el texto constitucional pueden incorporarse a éste por dos vías, la remisión a los instrumentos internacionales (y a su desarrollo en la jurisprudencia de la CorteIDH y sus opiniones consultivas) o por el reconocimiento de derechos innominados (derivados de la dignidad de las personas, comunidades y pueblos), según el Art. 11:7 de la CRE (párrafos 139, 140). Las cláusulas abiertas, de los arts 417, 98 y 11:7 de la CRE, facilitan el reconocimiento de los derechos innominados, tal como ocurre con la cláusula del Art. 29:c de la CADH. La fuente de estos derechos está en las necesidades de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades y en las "luchas sociales" de las parejas del mismo sexo (párrafo 147). Por las vías de la reforma constitucional y la interpretación y la jurisprudencia constitucionales se reconoce a los derechos innominados. "Por el bloque de constitucionalidad, en consecuencia, el derecho al matrimonio de las personas del mismo sexo se incorpora al texto constitucional" (párrafo 150). Sin embargo, si bien el

matrimonio es un derecho en la CADH (Art. 17:2), no lo es en la CRE, que, en su art. 67, lo define como una institución.

2. Texto constitucional vivo. Por la interpretación evolutiva se considera que los textos constitucionales son instrumentos vivos, por lo que se debe mirar el contexto actual, procurando que la norma cumpla su fin, antes que la voluntad de quienes hicieron la norma (párrafo 151). Los jueces de mayoría recurren en apoyo de su postura evolutiva a la OC 24/17 de la CorteIDH que sostiene que "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos". Igualmente, se apoyan en los cambios legislativos de los que ha sido objeto el matrimonio y la familia en la historia ecuatoriana. Inclusive invocan una reciente sentencia de la CC sobre los diferentes tipos de familia (184-18-SEP-CC). La interpretación implica ampliar, nunca restringir la comprensión de los derechos, como es el caso del matrimonio de las personas del mismo sexo (párrafo 162). De los 29 estados que reconocen este matrimonio, en 9 decisiones han intervenido las cortes de justicia. Y, por último, la CC utiliza la muletilla de la progresividad de derechos (Art. 11:8 CRE) para apuntalar su aventura evolutiva. Con dos nociones poderosas, la del bloque de constitucionalidad y la de la interpretación evolutiva, en la sentencia los jueces de mayoría llegaron a donde quisieron, haciendo de la CRE un documento maleable al gusto de los intérpretes. La voluntad original del constituyente quedó enterrada. Con las nociones de interpretación evolutiva y bloque de constitucionalidad se hace de la CRE un texto elástico y maleable.

3. Peligro para los derechos de libre desarrollo personal, intimidad, identidad y contratación. Es equivocado interpretar el derecho al matrimonio como un derecho-poder, como son los

derechos políticos y patrimoniales, que necesitan límites para no provocar vulneraciones a los derechos de otros (párrafo 171). Debe entendérselo como un derecho inclusivo, igual que educación y la salud, que si se limita (impidiendo el matrimonio de personas del mismo sexo) restringe el libre desarrollo de la personalidad del art. 66:5 de la CRE para formar una familia y escoger el matrimonio como una vía para lograrlo (párrafos 168, 173). El Estado no debería intervenir para prohibir el matrimonio de las personas del mismo sexo, dado que el derecho a contraer matrimonio es un asunto de la esfera privada protegido por el derecho a la intimidad, establecido en el Art. 66:20 de la CRE (párrafos 180, 182). La orientación sexual es un atributo de la identidad, aunque no lo diga expresamente el Art. 66:28 de la CRE. Si se interpreta restringidamente el art 67 de la CRE, la identidad sexual y de género no podría expresarse en el matrimonio de personas del mismo sexo (párrafo 189). En el CC (arts 95, 96)no existe prohibición expresa para el matrimonio de personas del mismo sexo, que genere nulidades. En el contrato solemne de matrimonio existe una restricción que "podría constituirse en una violación a la libertad de contratación" del Art. 66:16 de la CRE. En la sentencia de mayoría se trata de demostrar la vulneración a anulación de otros derechos si se interpreta restrictivamente el Art. 67 de la CRE. En esta norma constitucional no se dice que el matrimonio sea un derecho constitucional.

4. Matrimonio y union de hecho. Si bien el Art. 68 de la CRE dice que la unión de hecho genera los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio, existen diferencias sustanciales, comenzando por la autoridad ante la que se los celebra y terminando en el derecho a alimentos congruos (párrafo 201).

Mirando la experiencia de Colombia, donde la CC primero creó el "vínculo contractual" el 2011 y después, ante la insuficiencia de esta figura, el matrimonio para las personas del mismo sexo, el 2017, los jueces de mayoría optan por la conveniencia del matrimonio homosexual (párrafo 203). Además, asumen como propios los criterios de la OC 24/17 en el sentido que "no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes", por ser discriminatoria (párrafo 205).

MATRIMONIO IGUALITARIO: EFECTOS DE LA SENTENCIA, ADECUACIÓN LEGISLATIVA, CONTROL CONVENCIONAL Y VOTOS CONCURRENTES (IV)

1. Los efectos son generales y directos aunque el artículo 67 de la cre no se reforma. En la sentencia de mayoría se exponen las deficiencias del Art. 67, sin cambiar su texto, aunque se lo interpreta con criterio de progresividad para cambiar su sentido. Por ello, se dice que *"el Art, 67 … se complementa con la regulación e interpretación de la CADH realizada por la CorteIDH mediante la OC 24/17, que reconoce el matrimonio de personas del mismo sexo"* (párrafo 211). La incorporación de la OC dentro del Art. 67 conlleva la mutación de esta norma constitucional, aunque en la sentencia no se hable de reforma. Los efectos de esta decisión llegan no sólo al caso abordado por los jueces de la Corte Provincial de Pichincha que hicieron la consulta de constitucionalidad y que deben aplicar lo resuelto por la CC sino a todos por el efecto general del pronunciamiento, según el Art. 143:1 LOGJCC. Al otorgarle a la OC 24/17 la calidad de instrumento internacional, su aplicación es directa e inmediata, según los arts. 11:3 y 426 de la CRE. "La reforma constitucional es conveniente pero no es necesaria. *Cuando los derechos han sido reconocidos en instrumentos internacionales, el reconocimiento en el texto constitucional no resulta indispensable … no hace falta debates ni consensos, o sea remisión al órgano parlamentario"* (párrafos 244, 245).

2. Adecuación de normas legales y jurídicas. *Después de haber utilizado las nociones de bloque de constitucionalidad, interpretación más favorable al desarrollo de derechos, aplicación directa de la OC 24/17 y control de convencionalidad, en la sentencia de mayoría se emplea otra noción, la de adecuación de normas jurídicas* (adecuación formal o material), para completar la estructura lógica que legitime la decisión de incorporar el matrimonio igualitario dentro del Art. 67 de la CRE. La CC asume la obligación ineludible de adecuar normas jurídicas y, así, evitar que el Estado sea responsabilizado por la omisión de adecuar en la incurrió la Asamblea Nacional párrafo 246). Por ello, dicen los 5 jueces que el deber de adecuar las "normas legales y jurídicas" a los derechos corresponde a la Asamblea (Art. 120:6) y a todos los órganos con potestad normativa (el Presidente por su competencia reglamentaria (Art. 147:13) y la CC por sus decisiones vinculantes (Art. 436:1)), según el Art. 84 de la CRE y el Art. 2 de la CADH (párrafos 213 y 222). Y, cumpliendo el deber de adecuación, la CC asume el "rol de adecuar la OC 24/17", a fin de no "perpetuar una exclusión y discriminación" (párrafo 216). Las leyes han sido definidas por la CorteIDH (OC 6/86) como las normas jurídicas generales emanadas de los órganos legislativos, mientras que por "normas jurídicas" se deben entender todas las demás, incluidas la propia CRE, los tratados y las decisiones de los poderes públicos, además de la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la CorteIDH (párrafo 218). Es equivocado que en la sentencia se llame norma jurídica a toda decisión del poder público nacional o supranacional. La adecuación consiste, para la CC, en "adecuar en su jurisprudencia los derechos a los instrumentos jurídicos que establecen nuevos derechos o derechos más favorables a los reconocidos en la Constitución" por la adecuación "es a los derechos"

(párrafos 221, 219). *Por ser el procedimiento rígido, la CC no opta por "adecuar la Constitución a la interpretación de la CADH realizada por la OC 24/17* (párrafo 251). En cuanto a la Asamblea, se recuerda en la sentencia que si "se trata del reconocimiento de derechos, del desarrollo de su contenido … no se requiere reserva legislativa o desarrollo normativo", debido a que sólo para restringir y limitar derechos es imprescindible la intervención de la Función Legislativa (párrafos 242, 229). Por lo demás, dado que la OC 24/17 ya era de aplicación directa, cuando ocurrió el hecho, el Director del Registro Civil debía aplicarla, pues, ese era su "deber inexcusable", y no esperar ninguna adecuación de iure, alegando, como también lo hizo la PGE, que previamente se requería de reforma constitucional, dado que no prevarica el funcionario que deja de aplicar una norma legal que considera inconstitucional (párrafos, 255, 253, 290).

3. Control de convencionalidad. El control de convencionalidad es una invención de la CorteIDH, realizada el 2006, que ha sido recogida por la CC en varias sentencias (párrafo 280). Existe gran debate sobre el alcance de la obligación de aplicar localmente, en cada Estado, las opiniones y sentencias de esa Corte. Inicialmente esa obligación se impuso a los jueces. La CC, no obstante, dice que también la tiene el Director del Registro Civil (párrafo 272). En la aplicación directa de los instrumentos internacionales está el control de convencionalidad (Arts. 11:3 y 426) (párrafos 283, 284). Que sea un control que complementa al control de constitucionalidad y, además, que sea subsidiario, no significa que los jueces, fiscales y funcionarios puedan eximirse de ejercerlo, según lo que se sostiene en la sentencia de mayoría. Es una camisa de fuerza para obligar a que se apliquen las opiniones consultivas por tener "un formato de sen-

tencia interpretativa" (párrafo 278). *En el caso Satya (Sentencia 184-18-SEP-CC) la CC realizó control de convencionalidad y dijo que la OC 24/17 se entendía "adherida al texto constitucional"* (párrafo 281).

4. Votos concurrentes. Uno de los 5 jueces (Alí Lozada) emitió un voto concurrente con el que facilitó que se aprobara la sentencia cuestionada con mayoría. Su fallo, a su vez, fue aprobado, con 5 votos, con el voto concurrente de otro juez (Ramiro Avila). *Existen dos sentencias aprobadas con 5 votos, uno de los cuales es concurrente. Las conclusiones son distintas, aunque no necesariamente incompatibles. Más bien son complementarias. Se cruzaron los votos concurrentes para aprobar dos sentencias de mayoría. Se trata de una jugada maestra para hacerle fraude a la Constitución.* En la sentencia elaborada por el juez Lozada se declara inconstitucionales los "fragmentos de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles siguientes: en ambas disposiciones legales, la expresión "un hombre y una mujer" y, en la primera, el término "procrear""; luego declara la inconstitucionalidad sustitutiva y sustractiva, con efecto erga omnes, de los antedichos fragmentos, y, por último, exhorta a la Asamblea que revise la legislación sobre el matrimonio "a fin de que esta incluya como cónyuges a las parejas del mismo sexo, con idéntico trato al otorgado a las de diferente sexo". Con esta decisión se allana el camino para que ningún juez o funcionario se escude en norma legal alguna para impedir el matrimonio igualitario. *Una sentencia le despoja al Art. 67 de la CRE de su sentido literal. La otra expulsa del ordenamiento jurídico las normas legales que consagran el matrimonio heterosexual y la procreación como finalidad esencial del matrimonio.* Exhortar a la Asamblea que cambie la legislación, después de la declaratoria

de inconstitucionalidad de los fragmentos de dos normas legales, es una burla. El juez Lozada, en su argumentación, infiere, tendenciosamente, lo que podrían pensar los católicos, de un examen incompleto, de los documentos de la Iglesia (párrafo 40), llegando al extremo de utilizar, peyorativamente, el nombre de la ciudad de Ambato, en un ejemplo mal planteado (párrafo 36:2).

MATRIMONIO IGUALITARIO: OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA 24/17

1. Votación mayoritaria con un voto concurrente y un voto individual. La Opinión Consultiva 24/17, de 24 de noviembre de 2017, fue aprobada por 7 jueces de la CorteIDH. El juez Eduardo Vio Grossi emitió su voto individual oponiéndose al voto de mayoría con el que se aprobó la Opinión Consultiva 24/17, el año 2017, en la CorteIDH (p. 90). El juez Sierra, por su parte, emitió un voto concurrente, pronunciándose a favor de los puntos resolutivos 3 y 5 de la OC 24/17.

2. La opinión consultiva no es vinculante. A lo largo de su voto individual el juez Vio Grossi demuestra que la OC 24/17 no es vinculante por carecer la CorteIDH de funciones normativas y porque las opiniones tienen como propósito el de convencer (párrafos 7, 10, 12, 69). Sólo los fallos son obligatorios para los estados parte (párrafo 11). Las resoluciones de los órganos internacionales no son declarativas de derechos (párrafo 68). Las uniones de las parejas es un asunto interno, sin que pueda imponerse a los estados el reconocimiento del matrimonio de las personas del mismo sexo (párrafos 70, 71). Del matrimonio se derivan derechos patrimoniales (párrafo 74). Existe ambigüedad sobre el matrimonio (Párrafo 81). Las interpretaciones son aspiraciones (párrafo 91). La interpretación evolutiva es excepcional (párrafo 93). La CADH no está sobre la Constitución de cada Estado (párrafo 125). No existe control de

convencionalidad cuando se aplica la Constitución (párrafo 128). El cumplimiento de las sentencias de la CorteIDH no es lo mismo que el sometimiento a sus opiniones consultivas (párrafo 171). No es lo más apropiado que la función jurisdiccional reemplace a la función normativa de cada Estado (párrafo 177).

3. La opinión consultiva es vinculante. Los 5 jueces de la Corte Constitucional ecuatoriana, que incorporaron la OC 24/17 dentro del Art. 67 de la Constitución, concluyeron que la Opinión Consultiva era vinculante y que, de no aplicársela, el Estado hubiera adquirido responsabilidades internacionales.

4. La opinión consultiva tiene efectos innegables. Los jueces de la CorteIDH dijeron que la OC tenía efectos innegables (párrafos 26 y 152) y en la parte resolutiva concluyeron que las parejas del mismo sexo tienen derecho al matrimonio. Sin embargo, en ninguna parte dijeron que los estados debían incorporar inmediatamente el contenido de la OC. En la parte resolutiva se dice: "De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales".

5. Razonamientos de la Corte Interamericana. Los jueces de la CorteIDH manifiestan que el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha considerado que es deber de los Estados asegurar que su legislación no resulte discriminatoria contra las formas no tradicionales de unión. Además se plantea que al defender

los derechos de las parejas del mismo sexo, es más sencillo que los Estados no creen nuevas figuras jurídicas, sino, se extiendan las ya existentes (como el matrimonio), ya que carecería de sentido que se creen instituciones que produzcan los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio y que sólo esté dirigido a las parejas del mismo sexo.
Los jueces también mencionan que no se debe emplear el argumento de que el fin del matrimonio es la procreación, ya que esta no es una característica que defina las relaciones conyugales, y además se considera degradante para las parejas que carecen de la capacidad o interés en procrear.

Se emplea el argumento de las dos vertientes que se desprenden del artículo 1.1 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos sobre la no discriminación: una vertiente negativa, que se refiere a la obligación de respeto que implica que los Estados se deben abstener de cometer actos que conculquen derechos y libertades reconocidas por la Convención y; la vertiente positiva que establece las obligaciones de garantías de los Estados para organizar el aparato gubernamental de tal forma que se protejan los derechos humanos.

ESTADO NO ES TITULAR DE DERECHOS CONSTITUCIONALES DERIVADOS DE LA DIGNIDAD

1. Antecedentes. La Corte Constitucional, con la Sentencia No. 282-13-JP/19, de 4 de septiembre de 2019, dentro del Caso No. 282-13-JP, emitió Jurisprudencia Vinculante sobre la violación de los derechos constitucionales del Diario La Hora en las sentencias de instancia (14 Nov 2012) y de apelación (12 Enero 2013) que aceptaron la acción de protección presentada por la Secretaría Nacional de la Administración Pública, por la no rectificación de una información publicada en dicho periódico. Declaró que las sentencias de primera y segunda instancia, emitidas en el marco de la acción de protección, constituyeron restricciones ilegítimas al derecho a la libertad de expresión. En la revocada sentencia de apelación se llegó al extremo de decir que "es fácil advertir el daño que una información agraviante o inexacta puede ocasionar en la honra o la intimidad de una persona, sea ésta natural o jurídica, o sea el propio Estado … titular de derechos, entre ellos, obviamente la honra y el derecho que tiene a replicar información que puede afectar su buen nombre … al accionante se le ha colocado en un estado de indefensión".

2. Titulares de derechos derivados de la dignidad y derechos de contenido procesal. El Estado, sus órganos e instituciones, con o sin personalidad jurídica, no son sujetos de los derechos constitucionales derivados de la dignidad, como los derechos al honor (Art. 66:18 CRE), a la rectificación (Art. 66:7 CRE) y a la

información veraz (Art. 18:1 CRE), que son parte de la categoría de "derechos de libertad". Los órganos de la administración del Estado sí pueden ejercer derechos de contenido procesal. Este contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y de las garantías del debido proceso puede ser invocado por tales órganos. Salvo los derechos de la naturaleza, los titulares de derechos son los seres humanos, sea individual o colectivamente. El Art. 11, numeral 7, de la CRE señala que los derechos se derivan de la dignidad de las personas, pueblos, comunidades y nacionalidades, en correspondencia con el Art. 10. Y el Art 3, numeral 1, de la CRE establece que el Estado garantice el goce efectivo de los derechos. "La titularidad de los derechos recae en los individuos o colectivos, mas no en el Estado y sus distintos órganos". Los derechos son preexistentes al Estado.

3. Estado y acciones de protección en contra de particulares. Los derechos y sus garantías están concebidas como límites al poder. Es una desnaturalización de la acción de protección que se active una garantía jurisdiccional en contra de un particular para proteger los intereses del Estado. Es un abuso que el Estado pretenda que se le reconozca una calidad de subordinación o indefensión respecto de un particular. Las personas, individual o colectivamente, ejercen derechos. Las entidades estatales, a través de los funcionarios, potestades, competencias y atribuciones previstas en la Constitución y en la Ley. Son improcedentes las acciones de protección presentadas por instituciones públicas para tutelar como propios derechos inherentes a la dignidad humana. Sin embargo, son "procedentes las acciones de protección presentadas por órganos del Estado con el propósito de tutelar los derechos de las personas, pueblos, comunidades, nacionalidades, colectivos y de la naturale-

za". La Defensoría del Pueblo tiene amplias competencias para presentar acciones de protección. Existe una diferencia entre titularidad de derechos y legitimación activa. Esta, la legitimación activa, es amplia. Cualquier persona, de forma individual o colectiva, puede presentar acciones de protección, según el Art. 86, numeral 1, de la CRE y el Art. 9 de la LOGJCC. En el Art. 88 de la CRE está el objeto de la acción de protección. Se trata de tutelar los derechos de las personas que "encuentran en situación de desequilibrio frente al poder". Cuando la acción se deduce en contra de un particular se deben cumplir cuatro requisitos no acumulativos: a) violación provoque daño grave, b) prestación de servicios públicos impropios, c) delegación o concesión, c) discriminación, indefensión o subordinación del afectado. En consecuencia, los jueces deben "verificar que el particular accionado se encuentre en posición de poder respecto de la persona que se considere afectada".

4. Libertad de expresión e información de interés público. Las expresiones referentes a los órganos del Estado o al desempeño de sus funcionarios cuentan con un umbral mayor de protección, por lo que debe existir más tolerancia por esos órganos o funcionarios. El derecho a la libertad de expresión es "la piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática", según la Corte IDH (OC 5/85). No es un derecho absoluto. Puede, en consecuencia, ser restringido con medidas proporcionales. Pueden constituir un objetivo legítimo para restringir la libertad de expresión, los derechos a la rectificación y réplica, a la información veraz y a la honra. En todo caso, existe una presunción de constitucionalidad a favor de la libertad de expresión. Esta no ampara los discursos de odio, que están fuera de su cobertura. Los datos sobre gasto público que publi-

có La Hora constituyen información de interés público. La información de interés público está revestida de protección especial.

5. Derechos de rectificación y réplica y los estándares de reporte fiel y real malicia. La reproducción de declaraciones e informaciones emitidas por terceros, como reprodujo La Hora, no puede ser sometida a juicios de veracidad o falsedad, en tanto se cite la fuente. El Art. 66, numeral 7, de la CRE reconoce el derecho a la rectificación y a la réplica, en correspondencia con el Art. 18, numeral 1. Rectificación y réplica no son sinónimos. Se rectifican las informaciones falsas o erróneas. La réplica es un derecho del agraviado por una información.

6. Ponderación de derechos y el derecho al honor. Los jueces de instancia y apelación no realizaron una ponderación entre los derechos alegados como vulnerados por el legitimado activo y el contenido, naturaleza y alcance de la información publicada por La Hora. El honor es un valor referible a las personas individuales y no a las personas jurídicas públicas. Los jueces de instancia y de apelación restringieron el derecho a la libre expresión invocando una supuesta protección de ella. No son objetivos legítimos los derechos a la rectificación, réplica, información veraz y honor, para restringir la libertad de expresión de La Hora.

HÁBEAS CORPUS.

REPARACIÓN INTEGRAL ES DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Antecedentes y reglas de la CC para la indemnización material. La Corte Constitucional (CC), en la Sentencia No. 017-18-SEP-CC, de 10 de enero de 2018, dentro del Caso No. 0513-16-EP, aceptó la AEP deducida por Jorge Ordoñez, persona privada de la libertad (PPL), en contra de las sentencias del juez de lo penal de Latacunga y de la Corte Provincial de Cotopaxi, que rechazaron la acción de hábeas corpus, por haberse vulnerado el debido proceso, en la garantía de motivación del Art. 76, numeral 7, literal l), de la Constitución (CRE). Declaró, además, la vulneración del derecho a la integridad física del accionante (Arts 89, 66:3:a, 35, 325, 343 de la CRE), con otros derechos, como el derecho a la salud, y del derecho a la integridad personal de su madre por el sufrimiento que experimentó (Art. 66:3:a de la CRE), para lo cual la CC recurrió al principio iura novit curia consagrado en los arts. 426 de la CRE y 13 de la LOGJCC. También resolvió que el juez de garantías penitenciarias disponga las medidas alternativas por el tiempo que reste para que cumpla su pena y que el Estado asuma la indemnización material, según el Art. 18 de la LOGJCC, por la afectación al proyecto de vida del accionante "a consecuencia de su imposibilidad de poder desempeñar su profesión habitual –chofer profesional– cuando se inserte a la sociedad luego de haber cumplido su sentencia", así como la indemnización material a

favor de la madre por los gastos de atención médica de su hijo y los pagos por afiliarlo voluntariamente al Iess, debiéndose determinar el monto en la jurisdicción contencioso administrativa de conformidad con la regla jurisprudencial de la sentencia de la CC No. 004-13-SAN-CC y el procedimiento establecido en la sentencia de la CC No. 011-16-SIS-CC.

2. Interpretación conforme y condicionada del Art. 44 de la LOGJCC sobre juez competente. La CC resolvió que será competente cualquier juez del lugar donde se presuma está privada de libertad la persona, para conocer la garantía de hábeas corpus cuando se alegue la vulneración de cualquiera de los siguientes tres derechos, a saber: libertad, vida e integridad física.

3. Dimensión del Hábeas Corpus. La CRE introdujo innovaciones el 2008 para ampliar su cobertura. La CC desarrolló la garantía en la sentencia No. 171-15-SEP-CC, dentro del caso No. 0560-12-EP. La CorteIDH también hizo lo propio en los casos Tibi v Ecuador y La Cantuta v Perú. Así se perfiló claramente que la garantía de Hábeas Corpus no sólo protege frente a la privación de la libertad ilegal o ilegítima sino ante vulneraciones a la vida y a la integridad física.

4. Derechos a la libertad, a la vida y a la integridad física. En los arts 66, 66:29:a,c, y 77 de la CRE están el derecho y la garantía de la libertad, al igual que en el Art. 7 de la CADH y en el Art. 45 de la LOGJCC. El derecho a la vida está cubierto en el Art. 66:1 de la CRE en concordancia con el Art. 4:1 de la CADH y los arts. 90 de la misma CRE y 43 y 46 de la LOGJCC. El hábeas corpus puede activarse por la vulneración del derecho a la vida por la desaparición forzada de personas. La integridad

física está resguardada en el Art. 66:3:a de la CRE en correspondencia con el Art. 5 de la CADH.

5. Debido proceso es derecho transversal y la motivación es esencial. El debido proceso, reitera la CC, es un derecho transversal a todo el ordenamiento jurídico, por cuanto tiene como objetivo garantizar la protección de otros derechos constitucionales, encaminados a que todas las personas cuenten con un proceso ágil, sencillo y justo conforme a derecho (p. 64). La motivación de la resolución judicial está en la naturaleza del debido proceso (Arts 76:7,l de la CRE y 4:9 de la LOGJCC). La CC recuerda que "la motivación es la mayor garantía de juridicidad de la actuación pública en un Estado Constitucional de Derechos" (Sentencia No. 020-13-SEP-CC). En la sentencia de apelación los jueces de Cotopaxi se inobservaron los parámetros de la razonabilidad, la lógica y la comprensión, suficientemente desarrollados por la CC (Sentencia No. 063-14-SEP-CC, en el caso No. 522-12-EP). La CC analizó, además, la formulación de las premisas fácticas y jurídicas en la sentencia de instancia y su coherencia, a fin de concluir que tampoco cumplió los tres parámetros de la debida motivación.

6. Hechos. El accionante fue objeto de lesiones físicas en el motín ocurrido en el Centro de Rehabilitación Social de Latacunga, el 10 de septiembre de 2015, cuando estaba cumpliendo la pena de 20 años por el delito de asesinato, al haber recibido el impacto de perdigones en su ojo izquierdo. El juez de instancia, el 18 de enero de 2016, rechazó la acción de hábeas corpus, presentada el 12 de enero de 2016, por no haberse vulnerado derechos constitucionales pero ordenó que sea atendido

por médicos. La CC indica que los privados de la libertad pertenecen a los grupos de atención prioritaria. El accionante alegó que un policía le disparó en el amotinamiento y fue torturado, sin proporcionarle atención médica. En el motín se corrió la voz que el volcán Cotopaxi erupcionaba y, por ello, el accionante subió a la terraza, donde dice haber recibido el disparo mientras estaba acostado boca abajo. Dice que, en la noche, en un cuarto oscuro fue pateado y agredido con tolete. El 13 de octubre de 2015 una oftalmóloga recomendó que se lo operara. El 28 de octubre, en un hospital de Quito, le dijeron que había perdido el ojo. Cuando presentó la acción seguía con el perdigón en el ojo y la cara amortiguada. La CC no logra identificar que se le haya hecho una intervención quirúrgica el 2017.

7. Reparación integral es derecho constitucional. La CC sostiene que "la reparación integral, a más de constituirse en un mecanismo de protección, se constituye en un derecho constitucional" (p. 107). "La creatividad en el diseño de la medida de reparación, garantiza la eficacia de las garantías jurisdiccionales". Las medidas de reparación no sólo deben considerar la vulneración en sí sino, además, la condición de las víctimas de la vulneración. La restitución del derecho menoscabado es una medida de reparación, al igual que la reparación material. Para restituir el derecho, la CC deja sin efecto las sentencias impugnadas y ordena que el juez competente dicte medidas alternativas. Para la reparación material la CC invoca su sentencia No. 273-15-SEP-CC, las sentencias de la CorteIDH Acosta Calderón v Ecuador (2005), Loayza Tamayo v Perú (1998) y el Art. 18 de la LOGJCC. Adopta, finalmente, medidas para la reparación inmaterial, así como medidas de satisfacción, con las garantías que el hecho no se repita.

RESTRICCIONES Y LIMITACIONES JUSTIFICADAS DE DERECHOS Y ELIMINACIÓN DEL CPCCS Y CREACIÓN DEL SENADO

1. Antecedentes. La CC se pronunció, en dos casos, sobre el procedimiento que se debe observar para la tramitación de la reforma constitucional con la que desaparezca el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) y, en una de las propuestas, sus funciones las asuma un senado, y, en otra, la Asamblea Nacional. Sobre la desaparición del CPCCS y la creación del senado se pronunció en el Dictamen No. 4-19-RC/19, de 21 de agosto de 2019. Acerca de la otra propuesta se pronunció en el Dictamen No. 3-19-RC/19, de 1 de agosto de 2019. En ambos casos, la CC resolvió es apto el procedimiento de reforma parcial establecido en el Art. 442 de la Constitución de la República (CRE), salvo para ciertas propuestas de integración del senado.

2. Reforma parcial y mecanismos de modificacion constitucional. El Art. 441 de la CRE contempla el mecanismo de la enmienda; el Art. 442, el de la reforma parcial, y el del Art. 444, el de la asamblea constituyente. "Por no estar expresamente restringido por la CRE, por la reforma parcial sí se puede alterar el carácter o elementos constitutivos del Estado la estructura fundamental de la CRE" (Dictamen No. 3-19-RC/19, párrafo 13). En el Dictamen No. 1-19-RC/19, de 2 de abril de 2019, la CC dijo que la "enmienda constitucional … respeta el espíritu del constituyente al proponer cambios no significativos … la

reforma parcial … es posible efectuar modificaciones a la estructura de la CRE o al carácter o elementos constitutivos del Estado … el tercero más riguroso de los mecanismos … es la asamblea constituyente". La CC señala que la supresión del órgano (CPCCS) "no influye de modo alguno en el grado de satisfacción del ejercicio de los derechos", por lo que "no restringe derechos", y, en el caso de los consejeros que perderían sus cargos, la "entrada en vigencia de nuevas circunstancias constitucionales imposibilitaría que tales personas puedan mantener dichos cargos (CorteIDH, TC (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, Sentencia 28/08/2013, párrafo 262)", por lo que "la nueva normativa no implicaría restricción de derechos" (Dictamen No. 3-19-RC/19, párrafo 19:e).

3. Tres momentos de intervención de la CC. El primero, en cuanto al mecanismo que debe seguirse para la modificación constitucional, mediante el dictamen de procedimiento. El segundo, la sentencia de constitucionalidad de convocatoria a referendo, cuando éste forme parte del procedimiento. El tercero, la sentencia de constitucionalidad de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales.

4. Restricciones, limitación justificada, reglas, principios y proporcionalidad. En el Dictamen No. 4-19-RC/19 la CC dice que la CRE prohíbe al legislador y al constituyente establecer restricciones, es decir, "limitaciones injustificadas, a los derechos y garantías fundamentales", según los arts. 11:4, 441 y 442 de la CRE. Si los derechos y garantías están dados por una regla, toda limitación a ésta "constituye siempre una limitación injustificada y, por tanto, una restricción". En cambio, si están dados por un principio, "su limitación será injustificada, es decir, habrá restricción, sólo si aquella es desproporcionada.

Para saber si lo es, resulta apropiado usar el test de proporcionalidad", previsto en el Art. 3 de la LOGJCC. Recuerda la CC que en el Art. 76:2 de la CRE existe un principio, la presunción de inocencia, y una regla, que la persona sea tratada como inocente mientras no exista sentencia ejecutoriada.

5. Regresión de derechos y edad para Asambleísta y Senador. El Art. 11:8 de la CRE prohíbe la regresión de derechos, en especial, cualquier acción que anule injustificadamente el ejercicio de un derecho. En el proyecto de modificación constitucional se incorporan dos reglas, una para establecer en 21 años la edad mínima para ser asambleísta, y, otra, en 35 años, para ser senador. La CC concluye que la primera regla implica una "restricción al derecho a la no regresividad del sufragio pasivo en lo atinente a la representación parlamentaria", por lo que no puede ser expedida mediante el procedimiento de reforma, mientras la segunda regla no implica ninguna restricción.

6. Título de tercer nivel y diez años de experiencia profesional para senador. test de proporcionalidad. La CC aplica el test de proporcionalidad en la forma de test de igualdad para analizar la regla del proyecto que establece el requisito mínimo de título de tercer nivel para ser senador. En el proyecto se da un trato diferenciado a dos segmentos poblacionales en razón del nivel de educación. Para los jueces constitucionales, "el test sería este: el trato desigual se considerará no restrictivo del derecho a la igualdad y no discriminación si y sólo si resulta al menos plausible … sostener que un determinado fin es legítimo, que el trato desigual es idóneo y necesario para satisfacer dicho fin y que el grado de satisfacción de aquel fin es al menos equivalente a la intensidad de la limitación del derecho a la igualdad y no discriminación conexamente con el principio a ser elegido,

es decir, que hay proporcionalidad en sentido estricto". Los fines legítimos perseguidos por el trato desigual son: mejorar la calidad del servicio público y de la administración pública en actividades que requieren conocimientos técnicos y permitir que el ejercicio de los derechos políticos se realice en función de los méritos y capacidades. Sin embargo, "el trato diferenciado en cuestión no es idóneo". Atribuir al Senado "una representación técnica … es casi una contradicción en los términos". "El escrutado trato desigual es necesario". La regla en cuestión "introduciría un componente elitista". La CC concluye que "el grado de insatisfacción del fin legítimo, en caso de que no se expidiese la regla que introduciría el trato desigual en consideración, no llega a ser siquiera equivalente al sacrificio del derecho a la igualdad … la proyectada limitación al derecho a ser elegido no es proporcional en sentido estricto", por lo que no puede expedirse mediante el procedimiento de reforma.

7. ContralorÍa, responsabilidades y llamamiento a juicio penal. La CC manifiesta que no existe restricción al derecho a la presunción de inocencia en las reglas que impiden las candidaturas a la Asamblea o suspenden a los elegidos que tienen responsabilidades o deudas en firme determinadas por la CGE. En cambio, señala que sí existe restricción a ese derecho en las reglas que prohíben ser candidatos a la Asamblea o suspenden a los elegidos que han sido llamados a juicio penal. La CC, para matizar su conclusión, dice que "el derecho a la presunción de inocencia es un principio del que se deriva la regla que define su contenido, según la cual, toda persona debe ser tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada", según el Art. 76:2 de la CRE.

COMPETENCIAS EXTRAORDINARIAS EN LA TRANSICIÓN DEL CONSEJO DE PARTICIPACIÓN

1. Antecedentes. En el Dictamen No. 2-19-IC-19, de 7 de mayo de 2019, dentro del Caso No. 2-19-IC, la CC resolvió, en respuesta a una acción de interpretación constitucional, con Dictamen Interpretativo, que el Régimen de Transición del CPCCS, aprobado en referéndum, el 4 de febrero de 2018, le "dotó de competencias ordinarias y extraordinarias" al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS), comprendiéndose, dentro de las extraordinarias, la evaluación de autoridades y cese anticipado, y la selección y designación de sus reemplazantes, con la particularidad que tales competencias extraordinarias "se extinguen una vez que finalice la transición" y que, en consecuencia, el CPCCS definitivo "no ostenta las competencias extraordinarias … ni goza de autotutela para revisar las decisiones tomadas" por el CPCCS de la transición (párrafo 84). El CPCCS definitivo está sujeto a las reglas de los artículos 208, numerales 10, 11 y 12, y 209 de la CRE, reglas que, en cambio, no eran aplicables en el ejercicio de las competencias extraordinarias del CPCCS de la transición. En resumen, con este Dictamen la CC le blinda al CPCCS de la transición, que lo presidió Julio César Trujillo, ante el CPCCS definitivo, instalado en junio de 2019.

2. Régimen de transición y texto constitucional. En su Art. 436:1, la CRE regula su interpretación mediante dictámenes y

sentencias. La interpretación debe circunscribirse a la parte orgánica, según el Art. 154 LOGJCC. El Régimen de Transición, "al ser producto de una enmienda constitucional … ostenta igual jerarquía y fuerza normativa de la Constitución, por ser parte integrante de la misma, además de tener legitimidad democrática" (párrafo 27). También pueden ser objeto de la misma acción de interpretación el art. 208:10, 11 y 12, y 209 de la CRE, por perteneces a la parte orgánica.

3. Cambio institucional y órgano transitorio con competencias extraordinarias. Para que el CPCCS dejara de estar limitado a cumplir un rol formalista, se decidió reestructurar la Institución mediante una "intervención consciente", para lo cual se enmendó la Constitución contando con la votación popular. Las transformaciones requieren de "un período extraordinario de ajuste que permita viabilizar los cambios realizados". "La CRE del año 2008 es un ejemplo de transformación jurídica y política que requirió de una etapa de transición fuertemente regulada" (párrafo 35). En el Anexo 3 a la pregunta 3 del referéndum del 4 de febrero de 2018 se encuentran los pasos a seguir para reestructurar el CPCCS, a saber: a) terminación anticipada del periodo de los consejeros del CPCCS, b) enmiendas a los arts 112, 205 y 207 de la CRE para modificar su conformación, c) régimen de transición, que comprende la fase intermedia entre la terminación anticipada y el inicio de funciones del nuevo CPCCS. El CPCCS de la transición tuvo tres características: específico, extraordinario y temporal. Es extraordinario porque nace en el período de ajuste y porque sus "atribuciones y competencias son únicas e irrepetibles, que responden exclusivamente a los fines de la transición" (párrafo 40). Sus competencias extraordinarias de evaluación, cese anti-

cipado y selección, son sucesivas y concatenadas, con las que "el pueblo ecuatoriano dotó … al CPCCS transitorio" (párrafo 46). De ellas se deriva, además, la competencia extraordinaria "inherente para emitir normativa que regule los mecanismos de selección de autoridades cuya designación sea de su competencia" (párrafo 53).

4. Valores versus Reglas constitucionales. Para el ejercicio de sus competencias extraordinarias, "la sujeción irrestricta a las reglas constitucionales contenidas en los arts 208 numerales 10, 11 y 12, y 209 de la CRE va en desmedro de la consecución de los fines que la transición y su regulación persiguen" (párrafo 64). El ejercicio de las competencias por el CPCCS transitorio tienen "como valor intrínseco la transparencia y la lucha contra la corrupción" y que ha sido protegido en países como "valor o interés constitucionalmente protegido" (párrafo 66 y nota pie de página). En definitiva, la consecución de un valor le exime al órgano transitorio de sujetarse a reglas constitucionales. Por ello, la CC concluye que no son aplicables las reglas de los arts 208:10, 11 y 12 y 209 de la CRE, al ejercicio de las competencias extraordinarias del CPCCS transitorio, sabiendo que el art. 209 desarrolla los derechos de participación, que no sufren desmedro (párrafos 72, 70), aunque sí les son aplicables al CPCCS definitivo (párrafo 82).

5. Competencias extraordinarias propias. Las competencias del CPCCS transitorio "no pueden ser asumidas, homologadas ni desconocidas por el CPCCS definitivo", por no responder a un régimen común sino a una etapa extraordinaria, sin que pueda el CPCCS definitivo "revisar las decisiones de carácter general o particular tomadas por el órgano transitorio en ejercicio de

competencias extraordinarias, dado que no puede ejercer revisión sobre potestades que no le han sido atribuidas" (párrafos 76, 77, 80).

DOBLE JUZGAMIENTO ADMINISTRATIVO Y PENAL.

INFORME PREVIO DE CONTRALORÍA EN PECULADO Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

1. Antecedentes. La Corte Constitucional (CC), con la Sentencia No. 5-13-IN/19, de 15 de agosto de 2019, declaró inconstitucional el inciso final del Art. 581 (3) del COIP, para eliminar el informe previo de la Contraloría General del Estado sobre indicios de responsabilidad penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, como presupuesto de procedibilidad, para el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía. También declaró la inconstitucionalidad de la Resolución de la CNJ, de 24 de febrero de 2010, que establecía algo similar. Además, dándole a la Sentencia un carácter interpretativo, emitió reglas de procedimiento para que la Fiscalía ejerciera la acción penal en esos dos delitos, solicitando la reapertura de la investigación, aún en el caso de investigaciones e indagaciones desestimadas o archivadas por no contar con el informe previo de la Contraloría. Inclusive, la CC decidió que la Fiscalía podrá activar nuevamente procesos penales siempre que no haya existido formulación de cargos.

2. Formulación de cargos y juzgamiento penal. No se puede iniciar un nuevo juzgamiento penal contra la persona que haya sido objeto de formulación de cargos. Para la CC, "se entenderá que una persona ha sido juzgada penalmente desde el momen-

to en que contra ella se ha formulado cargos o si se ha dictado una sentencia condenatoria ejecutoriada". Las investigaciones, auditorías e informes de la Contraloría no constituyen juzgamiento penal, siempre que no se haya ejercido la acción penal y no se hayan formulado cargos.

3. Doble juzgamiento en lo administrativo y en lo penal. La CC explica que no se viola la garantía del debido proceso consagrada en el Art. 76, numeral 7, literal i, de la Constitución, cuando se circunscribe el juzgamiento penal a la formulación de cargos. Que nadie pueda ser juzgado más de una vez y por la misma causa y materia, la CC entiende que se aplica dentro del proceso administrativo y dentro del procedimiento penal. Por ello, en lo administrativo, "la Contraloría no podrá iniciar una nueva investigación, cuando hay identidad objetiva y en la causa". Sin embargo, la Fiscalía no tiene impedimento para iniciar e investigar infracciones penales por los delitos del Art. 233 de la Constitución. "Una persona ha sido procesada penalmente desde el momento en que la Fiscalía ha formulado cargos". No podrá iniciarse un nuevo juicio penal contra la persona que ha sido objeto de formulación de cargos, aunque exista sobreseimiento o sentencia, cuando exista identidad objetiva y en la causa.

4. Imprescriptibilidad de delitos e informe de la Contraloría. El Art. 121 de la Constitución de 1998 estableció la imprescriptibilidad de las acciones y las penas de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. El Art. 233 de la Constitución de 2008 estableció, en forma parecida, la imprescriptibilidad de la acción para perseguir esos delitos y de las penas. "Los delitos enumerados en el Art. 233 de la Constitución son imprescriptibles desde el año 1998, cuando

entró en vigencia la Constitución, y no desde la fecha de la publicación en el Registro Oficial de esta sentencia". A pesar de las variaciones de los tipos penales relacionados con el peculado y el enriquecimiento ilícito, "se juzgará a las perdonas de acuerdo con el tipo penal vigente al momento del hecho considerado delictivo, salvo que el tipo penal posterior se considere que beneficie al presunto partícipe de la infracción".

5. Tráfico de influencias y el Art. 285, incisos segundo y tercero, del COIP. La CC no aceptó la demanda de inconstitucionalidad de esos dos incisos del Art. 285 del COIP, bajo el argumento que la Asamblea Nacional, por el principio de reserva de ley, tiene potestad para "definir lo que es delito y merece pena", y, en consecuencia, puede modificar el ordenamiento jurídico penal. Sin embargo, no "podría vaciar de contenido los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito para burlar la norma que establece la imprescriptibilidad de estos delitos. El legitimado activo alegó que el delito de tráfico de influencias del Art. 285 del COIP, en el antiguo Código Penal estuvo tipificado como delito de peculado, en la variante contemplada en el Art. 257.3, que, hasta la vigencia del COIP, el 10 de agosto de 2014, era imprescriptible. Ahora, tal conducta no es peculado y, por lo tanto, es prescriptible.

6. Autonomía de la Fiscalía. "La Fiscalía siempre tuvo la competencia para iniciar indagaciones o investigaciones previas, sin necesidad de contar con informes previos de la Contraloría". Sin embargo, "el requisito de informe previo de la Contraloría para ejercer la acción penal, es una regulación que atenta contra la división de poderes y la autonomía de la Fiscalía". El informe previo restringía la labor de la Fiscalía, en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, exclusivamen-

te a la investigación, poniendo una traba al ejercicio de la acción penal. Es la Fiscalía el órgano que tiene el monopolio de la acción penal pública. "El informe de la Contraloría, con carácter vinculante, puede considerarse como una intromisión de un órgano ajeno a la Función Judicial en el ejercicio de sus competencias".

NOTIFICACIÓN EFECTIVA EN SANCIONES PECUNIARIAS POR INFRACCIONES DE TRÁNSITO

1. Antecedentes. El Pleno de la Corte Constitucional, el 4 de junio de 2019, emitió la Sentencia No. 71-14-CN/19. Dicha Sentencia resuelve una consulta de norma remitida por los Jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, dentro de la tramitación del proceso judicial No. 0014-2013-SP. El proceso que originó la consulta se refiere a la impugnación de varias multas de tránsito que, supuestamente, no fueron notificadas oportunamente al señor Manuel Mesías Peralta Yánez. La demanda, dentro del proceso judicial No. 0014-2013-SP, fue rechazada por el Juez Primero de Garantías Penales de Tránsito de El Oro, decisión que fue apelada y no fue concedida, finalmente, se propuso un recurso de hecho que recayó en conocimiento de los Jueces Consultantes, quienes remitieron el expediente a la Corte Constitucional. La norma cuya constitucionalidad se consulta es el artículo 238 del Reglamento General para la aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial. El artículo consultado se refiere a la notificación en los casos de contravenciones de tránsito detectadas por medios electrónicos y/o tecnológicos.

2. Argumentos de los jueces consultantes. Los Jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro verificaron, luego de la respuesta de la Delegación No. 1 de la

Comisión de Tránsito del Ecuador, que no se produjo la notificación de las citaciones por las supuestas contravenciones de tránsito cometidas por el impugnante. Los Magistrados concluyeron que, en ese caso, las multas se habrían generado automáticamente en contra del señor Peralta, sin que haya sido notificado. Los Jueces consultantes afirmaron, equivocadamente, bajo una interpretación asistemática, que el artículo 238 del referido Reglamento establece que, si la contravención ha sido detectada por medios electrónicos o tecnológicos, se aplicará la sanción pecuniaria al propietario del vehículo, sin que haya mediado una notificación. A pesar de la equivocada interpretación de los Jueces, los mismos reconocieron que la falta de notificación de las infracciones vulnera el derecho al debido proceso, específicamente, el derecho a la defensa consagrado en el artículo 76 numeral 7 de la Constitución.

3. Interpretación sistemática versus asistemática. El primer inciso del artículo 238 del Reglamento General para la aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial establece que: *"En caso de que la contravención de tránsito haya sido detectada por medios electrónicos y/o tecnológicos, y no haya sido posible determinar la identidad del conductor, se aplicará al propietario del vehículo, exclusivamente, la sanción pecuniaria correspondiente a la infracción cometida."* El Pleno de la Corte Constitucional considera que la interpretación dada por los jueces ordinarios fue asistemática, ya que concluyen que, al no haber sido posible determinar la identidad del conductor, se puede imponer la sanción pecuniaria correspondiente al propietario del vehículo, sin que previamente se haya notificado con la citación. Por el otro lado, señalan que, bajo una lectura contextualizada o sistemática, la norma consultada es compati-

ble con la Constitución. Los incisos segundo, tercero y cuarto hacen referencia a la notificación, por lo tanto, bajo la interpretación de la Corte Constitucional se advierte que las contravenciones deberán ser notificados a los propietarios de los vehículos en caso de no haber podido determinar la identidad del conductor.

4. Análisis constitucional del Debido Proceso. La Corte Constitucional desarrolla su Sentencia a partir del siguiente problema jurídico: *"El artículo 238 del Reglamento General para la aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, ¿es contrario al derecho al debido proceso, concretamente respecto del derecho a la defensa, previsto en el artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la República?"* Los Magistrados señalan que dentro del debido proceso consta el derecho a la defensa, mismo que consagra varias garantías, por ejemplo, a conocer cargos que pesan en su contra para presentar alegatos y pruebas de descargo en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, con el fin de hacer valer sus derechos e intereses.

5. Decisión. El Pleno de la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 238 del Reglamento General para la aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial siempre que se interpretada de la siguiente manera: *"i. Si se detectare una contravención de tránsito mediante una herramienta tecnológica y si no fuera posible determinar la identidad del conductor, la autoridad de tránsito competente estará en la obligación de notificar con la citación al propietario del vehículo, a través de los medios más efectivos y adecuados, con la finalidad que ejerza su derecho a la defensa; ii. En ningún caso se*

impondrá la sanción pecuniaria al propietario del vehículo, sin que previamente haya sido notificado con la citación y haya tenido la posibilidad de presentar su impugnación en ejercicio de su derecho a la defensa; y iii. El término de tres días para que el propietario del vehículo presente la impugnación, será contado a partir del momento en que se realizó efectivamente la notificación, la cual no se verifica por la sola difusión de la citación en una página web. Los órganos judiciales que conozcan las impugnaciones, únicamente podrán declararlas extemporáneas luego de verificar la fecha de notificación, aspecto que deberá ser demostrado por la autoridad de tránsito, en calidad de organismo obligado de notificar oportuna y efectivamente todas las citaciones."

JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, CITACIÓN Y TÍTULO DE PROPIEDAD

1. Antecedentes. La Corte Constitucional (CC), en la sentencia No. 658-12-EP/19, de 15 de agosto de 2019, dentro del caso No. 658-12-EP, negó la AEP deducida por el mandatario de los cónyuges Telmo Cevallos y Piedad Silva, en contra de la sentencia del Juez Décimo Quinto de lo Civil de Pichincha, dictada el 26 de marzo de 2012, que dispuso que el Registrador de la Propiedad del cantón Mejía inscriba la providencia de adjudicación de la Subsecretaría de Tierras, del 24 de octubre de 2011, relativa a la Hacienda San Antonio de Valencia, ubicada en Machachi, de 553 hectáreas, a favor de la Asociación de Trabajadores Agrícolas San Antonio de Valencia. El Registrador de la Propiedad se abstuvo de inscribir la protocolización de la adjudicación, bajo el argumento que se encontraba inscrita una demanda de nulidad de inscripción de la expropiación presentada por Telmo Cevallos, quien alegaba ser el propietario de la Hacienda.

2. Juicio voluntario de inscripción de escritura y citación de la demanda. El Presidente de la Asociación de Trabajadores Agrícolas presentó la demanda de inscripción de la adjudicación ante la negativa del Registrador de la Propiedad de hacerlo. El Juez competente aceptó la demanda y dispuso que se procediera a inscribir la escritura. Telmo Cevallos demandó la nulidad del expediente por no haber sido citado en el juicio de inscripción. Su mandatario, en la AEP, alegó que la falta de cita-

ción violó su derecho al debido proceso, en la garantía del derecho a la defensa, prevista en el Art. 76, numeral 7, literales a, b, c, h, de la Constitución, además de la garantía del cumplimiento de las normas y derechos de las partes, señalada en el numeral 1 de dicho Art. 76. La CC dijo que "al tratarse de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, no puede considerarse que el juez cayó en omisión al no citar a los mandantes del accionante, pues, no está previsto el cumplimiento de una solemnidad de esa naturaleza". "En un proceso sin forma de contienda, el juez no tiene obligación alguna de citar, menos aún, cuando no es requisito que en el libelo de la demanda conste un legitimado pasivo diferente a la autoridad que deberá ejecutar lo que eventualmente resuelva el juzgador … el Registrador de la Propiedad". La CC reprodujo la siguiente opinión de la CSJ (Resolución No. 102-2001, Primera Sala, R.O. 325-S, 14 mayo 2001): "Mientras en la jurisdicción contenciosa el Juez interviene para reparar la violación del derecho … en la jurisdicción voluntaria el juez interviene fuera de todo litigio … no hay partes contrarias … no hay propiamente juicio ni sentencia … se ejerce inter volante", entre personas que están de acuerdo y tienen un solo interés, y no "inter invitos vel inter volentes, esto es, entre personas que no están de acuerdo. La diferencia esencial entre las jurisdicciones voluntaria y contenciosa está "en la naturaleza misma de la pretensión de las partes, antes que en el acuerdo desacuerdo que éstas manifiestan".

3. Título de propiedad y seguridad jurídica. Para la CC "los mandantes del accionante no poseen título de propiedad alguno, ni cuentan con una sentencia favor que se contraponga a la sentencia de inscripción de escritura pública", por lo que no hay vulneración del derecho a la seguridad jurídica, determina-

do en el Art. 82 de la CRE. La justicia ordinaria le otorgó a Telmo Cevallos un amparo posesorio el 2009. Sin embargo, el predio pasó a ser propiedad del MAG, mediante expropiación emitida el 7 de octubre de 2009 por el INDA. La pretensión de los mandantes del accionante para que no prosperara la expropiación la adjudicación del inmueble, no prosperó en los respectivos procesos civiles, contencioso administrativos y constitucionales. En ningún momento se declaró la nulidad del trámite de expropiación. El accionante alegó que la providencia de adjudicación de la Hacienda fue revocada, mediante acción de protección, en instancia de apelación. La CC recuerda que el proceso No. 2011-0063, correspondiente a la demanda de nulidad de inscripción de expropiación presentada por Telmo Cevallos, y que sirvió de fundamento al Registrador para abstenerse de inscribir, fue declarado en abandono por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha.

4. Sobre la admisión de la demanda de AEP. Dado que, según la CC, "los mandantes del accionante no podían ser considerados como legitimados pasivos del proceso de petición de inscripción de escritura pública … los anteriores miembros de la CC no debieron admitir una demanda que no cumplía requisitos". Los jueces de la CC también aclararon que a la CC, "a través de una AEP, no le corresponde analizar el fondo de la controversia planteada por el accionante, sino únicamente si existió o no violación de derechos constitucionales en la sentencia impugnada".

CHEVRON, LA CASACIÓN EN HOLANDA Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. Antecedentes y la anulación de arbitrajes en casación. La Corte Suprema de Holanda (Sección Civil) rechazó, el 12 de abril de 2019, el recurso de casación interpuesto por Ecuador en contra de Chevron y Texaco por la sentencia dictada, el 18 de julio de 2017, por la Corte de Apelaciones de la Haya. El antecedente de los procedimientos en los tribunales de justicia de Holanda se encuentra en el propósito de Ecuador de que se anulen las medidas provisionales adoptadas por el tribunal arbitral en dos laudos provisionales. La Corte Suprema señaló que la anulación sólo procede en contra de un laudo arbitral final. El pedido de anulación de un laudo provisional solamente puede ser pedido en conjunto con el pedido de anulación de un laudo arbitral final, según el Código de Procedimiento Civil de Holanda. En el caso del arbitraje de Ecuador, el tribunal arbitral ha mantenido abierta la posibilidad de revisar la medida provisional. El pedido de anulación de Ecuador de las medidas provisionales fue presentado junto al pedido de anulación del laudo arbitral final, por lo que pudo ser tratado por la Corte Suprema de Holanda.

2. Violación de las políticas públicas. Ecuador alegó la existencia de error en la fundamentación de la Corte de Apelaciones, al no haber considerado que se violaba las políticas públicas, una de las causales para demandar la nulidad de un laudo arbitral. Las medidas provisionales, para el recurrente del recurso

de casación, privaban a los actores del juicio ventilado en Lago Agrio -que no son parte del proceso arbitral- de su derecho para ejecutar la sentencia de Lago Agrio, contraria a Chevron, en un período razonable de tiempo. La Corte Suprema dijo que la Corte de Apelaciones no había incurrido en error dado que la Corte de Apelaciones admitió que las medidas provisionales afectaban, temporalmente, los intereses de los actores del juicio de Lago Agrio, pero no violaban las políticas públicas, pues, éstas solamente se violan cuando el contenido o la ejecución de un laudo entra en conflicto con una ley prescriptiva de tal naturaleza que su cumplimiento no pueda ser prevenido con restricciones de índole procesal. Lo del tiempo razonable para ejecutar la sentencia de Lago Agrio depende de las circunstancias.

3. Hechos. Chevron fue socio indirecto en Texpet desde el 2001. La concesión petrolera a Texaco terminó, en bebeficio de Petroecuador, en 1992, habiendo comenzado en 1964 y continuado con la firma de un acuerdo en 1973. En 1993 entró en vigor el TBI entre Ecuador y Estados Unidos. Ese año se iniciaron procesos en Estados Unidos en contra de Texaco por daños en la amazonía ecuatoriana que terminaron con la decisión, en 2002, que las cortes de EEUU no tenían jurisdicción. En 1995 Ecuador y Texpet celebraron un acuerdo de remediación. En 1998, en un segundo acuerdo, Petroecuador liberó de responsabilidades a Texpet. El 2003 un grupo de ecuatorianos inició procesos judiciales contra Chevron en Ecuador. El 2009, Chevron y Texpet iniciaron un arbitraje amparados en el TBI con EEUU con el pedido que se ordene a Ecuador que no se ejecute cualquier sentencia proveniente del caso planteado en Lago Agrio. El 2011, el Tribunal Arbitral de La Haya, en dos laudos, dictó órdenes preventivas para que no se ejecute la sentencia de ins-

tancia de Lago Agrio. Luego, el 2012, frente a la sentencia de apelación, que fue confirmada casi en su totalidad, en casación, por la CNJ de Ecuador, el Tribunal Arbitral convirtió esas órdenes preventivas en órdenes para impedir la ejecución de la sentencia de apelación. Una vez que los demandantes del caso Lago Agrio trataron de ejecutar la sentencia fuera de Ecuador, el Tribunal Arbitral dictó otra orden, el 2013. Ecuador, basándose en el Código de Procedimiento Civil holandés, demandó la nulidad de las cuatro medidas provisionales del Tribunal Arbitral, por considerar, sobre todo las dos primeras medidas, contrarias a las políticas públicas nacionales al impedir que se ejecute la sentencia de Lago Agrio, en un razonable período de tiempo. La Corte de Distrito de Holanda rechazó el pedido por ser medidas temporales. La Corte de Apelaciones ratificó esa sentencia.

4. Daño ambiental. El objetivo del proceso arbitral es la determinación de los responsables de la contaminación, pudiendo ser responsables Chevron y Texpet o el mismo Ecuador. Las medidas provisionales evitan que se tenga que resolver sobre situaciones irreversibles, como ocurriría con la ejecución de la sentencia de Lago Agrio.

5. Fraude Procesal. Las alegaciones de Chevron y TexPet sobre la existencia de fraude en la sentencia de Lago Agrio no fue considerada por la Corte de Apelaciones de Holanda. La sentencia de Lago Agrio no sólo fue confirmada en su totalidad, salvo en el tema de daños punitivos, por la Sala Civil de la CNJ, en casación, sino por la CC que negó la AEP deducida por Chevron.

6. Comentario sobre la tutela judicial efectiva. El derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes del juicio Lago Agrio no fue eficaz para que pudieran ejecutar la sentencia. Prevaleció la medida provisional del Tribunal Arbitral de la Haya. La tutela judicial tiene tres componentes: acceso, tramitación del juicio y ejecución. La sentencia de Lago Agrio resultó ineficaz ante un arbitraje internacional.

ACCIÓN AFIRMATIVA. CONCURSOS PARA JUECES

1. Antecedentes. En la Sentencia No. 7-11-IA/19 del 28 de octubre del 2019 la CC se pronunció sobre una acción de inconstitucionalidad presentada en contra de la convocatoria al Concurso de Méritos y Oposición para la designación de 101 cargos de juezas y jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Contravenciones convocado el 13 de noviembre del 2011, donde el accionante consideró que existía una vulneración del derecho de igualdad debido a la entrega de puntos adicionales a las mujeres, con base en las medidas de acción afirmativa establecidas en la ley.

2. Objeto de discusión. En la Resolución del Consejo de la Judicatura de Transición, publicado en el Suplemento del R.O No. 519 del 24 de agosto del 2011, se otorgan las medidas de acción afirmativa en su Art. 13, literal f que textualmente indica lo siguiente: "*Medidas de acción afirmativa.- En la fase de méritos se aplicarán medidas de acción afirmativa para promover la igualdad real. Cada condición personal será calificada con (2) puntos, acumulables hasta (4) puntos, sin que esta puntuación exceda la calificación total de 100 puntos, de ser el caso.- Serán condiciones para la aplicación del puntaje de acción afirmativa: … f. Ser mujer*". El contenido de este artículo se replica en el Instructivo para concursos, designación de Juezas y Jueces de Familia, expedido por Resolución del Consejo de la Judicatura Transitorio, publicado en el R.O No. 616 del 11 de enero del 2012 en su artículo 37. El

accionante considera que esto vulnera los artículos 11 (2), 170 y 176 de la Constitución, refiriéndose a la igualdad para acceder a los cargos de la función judicial, por lo que solicita la inconstitucionalidad de dicha norma.

3. Igualdad formal y material. Después de que la CC plantea el problema jurídico de si la entrega de puntos adicionales vulneró el derecho a la igualdad, procede a referirse a la igualdad formal y material establecidos en el Art. 66, numeral 4 de la Constitución, localizando la dimensión formal en el Art. 11, numeral 2, cuando establece que: "*Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades*"; por lo cual la igualdad formal implica un trato idéntico a sujetos –individuales o colectivos- que se hallen en la misma situación. De la misma forma, explica la dimensión material establecida en el Art. 11, numeral 2 así: "*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 lo cual, la CC señala que la dimensión material supone que, los sujetos que se encuentren en condiciones diferentes, requieren un trato distinto que permita equiparar el goce y ejercicio de sus derechos a personas que se encuentren en situaciones distintas.

4. Acción afirmativa y criterios de igualdad. La CC plantea que la acción afirmativa está dirigida a un grupo poblacional en condición de desventaja y su objetivo es promover el ejercicio igualitario de derechos y erradicar o reducir la discriminación estructural. En este sentido, la acción afirmativa no se considera como una excepción al derecho de igualdad, sino que busca una mayor representación de mujeres en cargos de autoridad, en este caso, de la función judicial. Además la CC manifiesta

que el Estado puede apelar a la raza, al sexo o a otra categoría sospechosa para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables y no para perpetuar desigualdades, para sustentar esto, se cita a la Constitución y la protección que brinda a las mujeres en los Arts. 11 (2), 35, 66 (3,b), 69 (4), 61 (7) y 116, además de que para el ingreso a la Función Judicial se observarán los criterios de igualdad y equidad y se propendrá a la paridad entre mujeres y hombres. Se cita el criterio de la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por el Ecuador en 1981, donde se establece: "*Artículo 4. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato*", por lo cual se exhorta a los Estados a que tomen las medidas necesarias para garantizar una igualdad y paridad de género. Adicionalmente, se cita a la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer de 1995, de la que emanó la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing cuyo artículo 13 contempla: "*La potenciación del papel de la mujer y la plena participación de la mujer en condiciones de igualdad en todas las esferas de la sociedad, incluidos la participación en los procesos de adopción de decisiones y el acceso al poder, son fundamentales para el logro de la igualdad, el desarrollo y la paz*". De esto, la CC deduce que "*resulta compatible que el Estado otorgue puntos adicionales a las mujeres dentro de concursos públicos de méritos y oposición, con la obligación de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en*

la Constitución y en los instrumentos internacionales, a fin de lograr aumentar la representatividad de las mujeres en cargos de autoridad en la función judicial".

5. Test de igualdad y no discriminación. Después del análisis de la CC con respecto a la constitucionalidad de los actos de decisión y diferenciación, procede a realizar el test de igualdad y no discriminación con origen en una tendencia alemana que implica el examen de cuatro factores: La legitimidad del objetivo del trato diferenciado, la racionalidad de la causal, el criterio de necesidad y la proporcionalidad. Respecto a la legitimidad del objetivo de la medida, se define que la misma tiene el propósito de eliminar la discriminación, con el fin de reducir la brecha de desigualdad que existe, además de dar cumplimiento a obligaciones constitucionales y convencionales asumidas por el Estado ecuatoriano; para fundamentar esto, la CC cita las estadísticas de la CEPAL, INEC y del Ministerio del Interior donde se refleja que en el año 2008, el acceso a altos cargos y magistraturas de las mujeres promediaba el 24%, la cual, al ser una cifra muy baja, requiere que los Estados tomen decisiones y aplique medidas para garantizar una mayor participación de mujeres en los cargos de la Función Judicial. En la racionalidad de la causal, que analiza si la medida es adecuada o idónea, la CC establece que la medida es conducente para cumplir con el fin constitucionalmente válido perseguido por el Consejo de la Judicatura, que es aumentar la representación de este grupo en el sistema judicial, basado en el hecho de que en una democracia, se deben representar todos los intereses, perspectivas y valores del conjunto de la población que incluye a hombres y mujeres, por lo que el Estado debe procurar una igualdad material donde históricamente ha existido una representación

minoritaria de mujeres. Referente a la necesidad, la CC considera que el otorgar puntos adicionales a las mujeres dentro del Concurso de Méritos y Oposición para la designación de 101 cargos de juezas y jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Contravenciones es una medida necesaria para lograr aumentar la representatividad de las mujeres en cargos de autoridad en la Función Judicial. Sobre la proporcionalidad, se considera a la medida como una restricción media que tiene como propósito prevenir y proteger los derechos de un grupo que ha sido excluido históricamente, y la satisfacción que se va a generar es alta en relación a la intervención al derecho. De esto, la CC deduce que la medida aprueba totalmente el test de igualdad y no discriminación por lo que niega la acción pública de inconstitucionalidad y ratifica a la acción afirmativa como una forma de menorar la desigualdad entre hombres y mujeres en la participación en concursos para la función judicial, basándose en la discriminación que, históricamente se ha dado en este tipo de espacios de la administración pública, y tales medidas no contraviene los artículos 11.2, 170 y 176 de la Constitución. Además, la CC puntualiza que: "*de la revisión de los resultados del Concurso de Méritos y Oposición, se puede observar que de los 94 puestos ocupados, apenas 35 puestos corresponden a las mujeres, es decir, el 37%, lo que demuestra que a pesar de que se entregaron puntos adicionales a las mujeres, todavía no se ha podido equiparar la brecha de desigualdad, por lo que corresponde al Estado continuar implementando medidas hasta que se alcance el objetivo propuesto*".

INTANGIBILIDAD DE PRESTACIONES PARA JUBILADOS DEL IESS

1. Antecedentes. Con la sentencia No. 23-18-IN/19, el 18 de diciembre de 2019, la CC declaró la inconstitucionalidad del inciso primero del Artículo 3 de la Resolución No. C.D. 501, emitida por el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de 13 de noviembre de 2015 y publicada en el R.O. 703 de 2 de marzo de 2016. Consecuentemente, la CC ordenó la eliminación de la retención del 2.76% de las pensiones de los jubilados y pensionistas. Esta decisión de la CC tiene su origen en una acción presentada por la Confederación Nacional de Jubilados y Pensionistas en contra de dicho artículo, que textualmente decía: "*Art. 3.- Hasta que, de acuerdo a los resultados de los balances actuariales, el seguro de invalidez, vejez y muerte alcance el equilibrio financiero actuarial requerido para garantizar la permanencia de las prestaciones, los jubilados y pensionistas del seguro general obligatorio, continuarán cotizando su pensión unificada, de la siguiente manera:* Por concepto de *Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte (Financiamiento parcial de la decimotercera y decimocuarta pensiones y del auxilio de funerales)* Corresponde un total de 2,76%. *Adicionalmente, para generar derecho a las prestaciones de enfermedad a excepción de maternidad, las beneficiarias y beneficiarios de pensiones de viudez, originadas en el seguro de muerte y en el seguro de riesgos del trabajo, aportarán el 4.15% de su pensión unificada. Los pensionistas de invalidez y vejez del seguro general y los pensionistas de incapacidad permanente total o absoluta de riesgos de trabajo, podrán acceder a la atención de salud de sus cónyuges o convivientes con el financiamiento de 4.15% de su pensión o renta men-*

sual, previa solicitud al IESS. Los pensionistas de incapacidad permanente total o absoluta de riesgos del trabajo, podrán acceder a la atención de salud de su o sus hijos menores de (18) años de edad, con el financiamiento del 3.41% de su pensión o renta mensual por la protección en salud, de uno o más hijos menores de (18) años de edad, previa solicitud al IESS". El mencionado artículo persigue el financiamiento de la decimotercera y decimocuarta pensiones y el auxilio de funerales. La parte actora alega que el artículo vulnera el derecho a la seguridad social y que se desconocen los principios que la rigen, por lo cual solicita la inconstitucionalidad.

2. Derecho a la Seguridad Social. La CC define al derecho a la seguridad social en los siguientes términos: "*El derecho a la seguridad social se enmarca dentro de los derechos sociales (denominados en nuestra Constitución como derechos del buen vivir) y tiene como fin proteger a las personas frente a contingencias producidas por diferentes causas, como enfermedad, maternidad, incapacidad, invalidez, desempleo, muerte, vejez, entre otras*" y procede a citar el artículo 369 de la Constitución, que contempla lo siguiente: "*Art. 369.- El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud. El seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral. Las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financiarán con aportes y contribuciones del Estado. La ley definirá el mecanismo correspondiente. La creación de nuevas prestaciones estará debidamente financiada*". El artículo citado implica, de forma explícita, una contraprestación que tiene el Estado con los beneficiarios del derecho a la seguridad social. Cabe

destacar que en el artículo 34 de la Constitución se establecen principios bajo los que se debe regir la seguridad social, los cuales son: solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad, suficiencia, transparencia y participación. Sobre estos principios, la parte accionante alega que se han inobservado los principios de solidaridad y equidad, considerándose sólo el principio de eficiencia, debido a que se impone una carga lesiva a los adultos mayores, que son parte de los grupos de atención prioritaria y se ha favorecido al financiamiento del IESS en otros servicios que brinda la institución. La CC hace una consideración sobre los principios y cita el artículo 1 de la Ley de Seguridad Social, cuando se habla de los principios de solidaridad y subsidiariedad: "*Solidaridad es la ayuda entre todas las personas aseguradas, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, edad, sexo, estado de salud, educación, ocupación o ingresos, con el fin de financiar conjuntamente las prestaciones básicas del Seguro General Obligatorio (...) Subsidiariedad es el auxilio obligatorio del Estado para robustecer las actividades de aseguramiento y complementar el financiamiento de de las prestaciones que no pueden costearse totalmente con las aportaciones de los asegurados*". Para la CC esto implica que la seguridad social posee un complejo sistema de aportes, contribuciones, prerrogativas y responsabilidades compartidas que responden a determinados principios que conforman el derecho a la seguridad social y que deben ser respetados ante la toma de cualquier decisión que esté relacionada con este tema. En definitiva, el derecho a la seguridad social forma parte de los Derechos Económicos y Sociales que tienen categoría de derechos humanos, por ello, la CC cita un criterio internacional que corresponde al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas que señala, en su Observación No. 19, que el derecho a la seguridad social "*incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razo-*

nables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado", de esta forma afianza el criterio de que la restricción aplicada por el IESS no se puede llevar a cabo, ya que vulnera el derecho a la seguridad social de los beneficiarios.

3. *Intangibilidad de la jubilación versus la retención para financiar la decimotercera y decimocuarta pensiones de jubilados y auxilios mortuorios.* El descuento de la tasa del 2.76% de las pensiones de los jubilados tiene una finalidad. Del 1% de esta retención se financia el auxilio de funerales, mientras que el 1.76% corresponde al financiamiento de la decimotercera y decimocuarta pensión. La CC hace un especial énfasis en los conceptos de "fondo mortuorio" y de "auxilio de funerales", ya que insiste en que no tienen el mismo concepto pero se emplean con el mismo fin. De acuerdo con el Artículo 1, literal d) del Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, el auxilio de funerales se define como la "*suma que se concede, por una sola vez, a los deudos de un asegurado, jubilado o beneficiario fallecido*". Por su parte, la decimotercera y decimocuarta remuneraciones encuentran el origen de su financiamiento en el aporte del 1% de las remuneraciones de sus afiliados activos y jubilados. Sin embargo, se debe considerar que, por disposición constitucional, existe una intangibilidad de las prestaciones del seguro social, que ha estado presente desde la Constitución de 1998 y en la que está vigente actualmente, en su artículo 371, que menciona lo siguiente: "*Art. 371.- Las prestaciones de la seguridad social se financiarán con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores; con los aportes de las personas independientes aseguradas; con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior; y con los aportes y contribuciones del Estado. Los recursos del Estado destinados para el seguro universal obligatorio constarán cada año en el*

Presupuesto General del Estado y serán transferidos de forma oportuna. Las prestaciones en dinero del seguro social no serán susceptibles de cesión, embargo o retención, salvo los casos de alimentos debidos por ley o de obligaciones contraídas a favor de la institución aseguradora, y estarán exentas del pago de impuestos". La CC, al momento de analizar este artículo, manifiesta que la disposición constitucional no permite que el financiamiento de las prestaciones sea deducido de las pensiones de los jubilados, por lo cual, se constituye como un incumplimiento a lo que establece la Constitución en relación a este tema, y que el financiamiento se debió dar cuando eran afiliados activos, no cuando ya recibían sus pensiones de jubilación, dándose además, relevancia al hecho de que la pensión por vejez forma parte de las prestaciones del sistema de seguridad social y por ello, no puede ser objeto de una retención injustificada, de acuerdo al último inciso del artículo citado.

4. CIDH y pensiones jubilares. La CC, dentro de su análisis considera un criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de tres casos, así: "*desde el momento en que un pensionista paga sus contribuciones a un fondo de pensiones y deja de prestar servicios a la institución concernida para acogerse al régimen de jubilaciones previsto en la ley, adquiere el derecho a que su pensión se rija en los términos y condiciones previstas en dicha ley. Asimismo, declaró que el derecho a la pensión que adquiere dicha persona tiene efectos patrimoniales, los cuales están protegidos bajo el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Consecuentemente, en aquél caso el Tribunal declaró que al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas (...) violó el derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la Convención*". En el criterio de la CIDH se integra un nuevo derecho que se reputa vulnerado al no cumplirse los términos establecidos en la ley para las pen-

siones jubilares, ya que se le atribuyen efectos patrimoniales y si estos son lesionados, se constituye como una afectación al derecho a la propiedad establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo 21, numeral 2 establece que: "*Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley*". La CC manifiesta que esto tampoco impide que se puedan hacer ajustes a los aportes y beneficios, siempre que estén soportados en estudios técnicos actualizados y su finalidad sea la sostenibilidad del sistema y sus prestaciones en el largo plazo, siempre que las medidas sean proporcionales, razonables y que cumplan con los criterios desarrollados en la sentencia. Mediante este análisis, se deduce que la retención no vulnera únicamente la intangibilidad de las pensiones establecidas en la Constitución, sino que también lesiona el derecho a la propiedad de los jubilados. Según la CorteIDH no sería posible modificar y disminuir las pensiones jubilares. En cambio, según la CC, sí sería posible.

5. Desfinanciamiento de Prestaciones del IESS. En el informe técnico presentado por el IESS ante la CC, se contempla que la retención del 1.76% cubre únicamente el 19.38% del financiamiento para la decimotercera y decimocuarta pensión, por lo cual, la CC expresa que al impedir la retención, no se afecta, de forma significativa, al Fondo de Pensiones en su conjunto, ya que no se constituye como un financiamiento al 100%. El IESS, también señala que se rige lo dispuesto por la Transitoria Decimosexta de la Ley de Seguridad Social de 2001, que establece tasas de aportación y contribuciones obligatorias hasta que, con base en los resultados de los estudios actuariales, se recomiende su modificación. Sobre esto, la CC señala que el IESS ha incurrido en una irresponsabilidad al no tomar las

decisiones para modificar esta Transitoria durante 18 años, ya que los descuentos debieron ser temporales y no permanentes. Por ello, la CC, en el segundo párrafo de su decisión, dispone "*que en el plazo de ciento ochenta días, el IESS, sobre la base de sus estudios actuariales actualizados y de los costos prestacionales de las décimas pensiones y del auxilio de funerales de los últimos años y sus proyecciones, reforme la tabla de aportaciones para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, que contemple el financiamiento diferenciado de la decimotercera y decimocuarta pensión, así como del auxilio de funerales durante la vida activa del afiliado. Esta reforma procurará el equilibrio del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, sin afectar los otros seguros administrados por el IESS*". En tales circunstancias, la CC determina que el IESS deba reformar su tabla de contribuciones de tal forma que pueda cubrir lo que está desfinanciado y que dicha tabla de contribuciones reformada no afecte tampoco a las prestaciones que el IESS ya tiene establecidas para sus beneficiarios. Es decir, la CC, al final, le da un margen de maniobra al IESS para financiar tales prestaciones.

6. Desfinanciamiento de Decimotercero y Decimocuarto Sueldos. En los informes técnicos del IESS se insiste en que los beneficios adicionales para los jubilados, como el decimotercero y decimocuarto sueldos, nacen sin estudios actuariales y por iniciativa del legislativo, que no ha verificado la existencia de respaldo financiero, poniendo en situación de peligro la sotenibilidad del Fondo de Invalidez, Vejez y Muerte. La CC revela que no es la primera vez que en el Ecuador se crean prestaciones sin financiamiento y procede a hacer un llamado de atención a la Función Legislativa para que se dé un tratamiento técnico a la materia de seguridad social para que no se planteen beneficios para los afiliados que no tengan el debido financiamiento y que pongan en peligro la sostenibilidad de distintos fondos prestacionales del IESS.