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
- 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
2021

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 2021
Edición a cargo de: Luis Fernando Torres

ISBN 13: 978-9942-

Edición: Enero, 2021
Tirada: 00 ejemplares

TABLA DE CONTENIDO

Presentación 9

« Estudios, Monografías y Ensayos »

1. Caducidad de las facultades de control de la CGE
Luis Fernando Torres 13

2. Eficacia de las acciones de protección en terminaciones unilaterales de contratos sujetos a la LOSNCP
Álvaro E. Sánchez Solís . . . . . .

3. Sistema de Penas en el Derecho Penal Internacional
Andrés Jaramillo Torres . . . . . .

4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la libertad de empresa y el uso del correo electrónico.
Daniela Vásconez Almeida . . . . . .

5. El levantamiento de la inmunidad presidencial y vicepresidencial en el contexto de la lucha contra la corrupción que se declara paladinamente en la norma normarum
Vinicio Rosillo . . . . . .

6. La falta de prohibición de la terminación del contrato ocasional y de nombramiento provisional en el sector público y del sector privado en periodo de prueba, cuando la mujer trabajadora se encuentra en periodo de embarazo o lactancia lo cual viola su 01 derecho constitucional al trabajo
María del Carmen Bayas . . . . . .

7. Análisis de la Sentencia Nro. 462-12-EP/19
Yesenia E. Guato Jiménez . . . . . .

8. ¿La formulación de cargos con la ejecución de una orden de detención con fines investigativos, vulnera el derecho a la defensa como garantía básica del debido proceso?
Ángel Junior Espinoza . . . . . .

9. Caso Guzmán Albarracín *vs* Ecuador
María José López Cobo . . . . . .

10. Control de constitucional sobre el plazo para interponer el recurso de apelación en materia penal
Pablo Silva Mejía . . . . . .

11. ¿Se vulnera el derecho a la defensa, al debido proceso, y la seguridad jurídica, cuando no se logra citar al alimentante dentro de un término razonable?
Lenin Javier García Párraga . . . . . .

«Jurisprudencia»

Álvaro Sánchez Solís *(Sistematización)*

1. Emergencia Sanitaria COVID 19 . . . . . .
2. Estado plurinacional, pluralismo jurídico y justicia indígena
. . . . . .
3. Deportaciones, migración y ciudadanía universal . . . . . .
4. Prisión provisional y plazo razonable . . . . . .
5. Derecho a la salud, IESS y mujer embarazada . . . . . .
6. Hábeas corpus correctivo, presos y salud . . . . . .
7. Privación de la libertad por particulares. Autonomía de la voluntad . . . . . .

8. Contraloría, caducidad, glosa, motivación y debida diligencia . . . . . .
9. Reglas a la coactiva de la LODDL . . . . . .
10. Error inexcusable: Independencia judicial y faltas administrativas (I) . . . . . .
11. Error inexcusable: Declaración jurisdiccional y competencias de la CJ (II) . . . . . .
12. Recaudación anticipada de impuestos y pandemia . . . . . .
13. Gestión ambiental: Competencia exclusiva de los GADs . . . . .
14. Hábeas data e información policial . . . . . .
15. Favorabilidad penal y concurso real e ideal de infracciones . . . . . .
16. Acción de protección no es subsidiaria . . . . . .

«Legislación»

Álvaro Sánchez Solís *(Sistematización)*

1. Ley Orgánica para el Ordenamiento de las Finanzas Públicas 209
2. Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19 213

PRESENTACIÓN

Por duodécimo 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 caducidad de las facultades de control de la CGE, la eficacia de la acción de protección en terminaciones unilaterales de contratos públicos, el sistema de penas en el Derecho Penal Internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la libertad de empresa, además de análisis académicos de sentencias emitidas por la Corte Constitucional.

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

CADUCIDAD DE LAS FACULTADES DE CONTROL DE LA CGE

Dr. Luis Fernando Torres[1]

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. En este trabajo se analiza que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Ambato (TDCA), en una sentencia recurrida en casación por la Contraloría General de Estado (CGE), haya contabilizado el tiempo de la caducidad de las facultades de la CGE desde que el funcionario municipal responsabilizado, (un Alcalde de un cantón de Chimborazo), terminó unilateralmente contratos laborales de servicios ocasionales, el 10 de enero de 2005, y no desde el 31 de diciembre de 2018, cuando feneció el período examinado comprendido entre esa fecha y el 1 de enero de 2009.
2. La CGE sostiene que los 7 años establecidos en el Art 71 de la LOCGE se deben contar "desde el momento en que se generó la disminución económica al presupuesto municipal". La fecha, en consecuencia, no sería la fecha del cierre del período examinado, esto es, el 31 de diciembre de 2011, sino la fecha en que se hicieron los pagos por indemnizaciones laborales, el 7 y el 14 de enero de 2011. Existiría una duda sobre la contabilización de los 7 años de caducidad del ejercicio de las competencias del control de la CGE. El Art. 71 habla de la caducidad de las "facultades", aunque lo más apropiado es la caducidad del ejercicio de compe-

1. Profesor de maestría de derecho procesal constitucional. Abogado litigante. Presidente de TorresCobo Abogados. Presidente de la CAD F.A.Hayek. ExAsambleísta.

tencias. En todo caso, el Art. 226 de la CRE señala que los organismos estatales ejercen competencias y facultades. El COA, por su parte, sólo admite la asignación de competencias a los órganos administrativos para que las "ejerzan" (Arts. 65 y 67).

3. La Resolución, de 13 de marzo de 2018, notificada el 18 de junio de 2018, con la que la CGE confirmó la responsabilidad civil culposa del funcionario municipal, se la dictó, según la CGE, 7 meses antes de que cumplieran los 7 años establecidos en el Art. 71 de la LOCGE, por cuanto "la correcta interpretación del artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, es la contabilización desde el fin del período de la acción de control".
4. Sin embargo, el acto originador de la responsabilidad civil culposa, atribuido por la CGE, única y exclusivamente, al funcionario municipal, ocurrió el 10 de enero de 2005 y no dentro del período examinado, comprendido entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2011.
5. En la sentencia del TDCA, lo que está plenamente probado es que el acto originador de la responsabilidad civil culposa del funcionario municipal ocurrió el 10 de enero de 2005. En esa fecha, él terminó unilateralmente los contratos laborales de servicios ocasionales.

II. ACTUACIÓN ORIGINADORA DE RESPONSABILIDAD

6. Los jueces del TDCA, por unanimidad, aceptan la demanda y declaran ilegal la Resolución, de 13 de marzo de 2018, de la CGE, por considerar que había caducado la competencia de la CGE para establecer responsabilidades civiles culposas, al no haber sido "emitida y notificada dentro del plazo que señala el Art. 71 de la LOCGE, es decir, el ente de control estatal emitió su resolución cuando su facultad, para determinar responsabilidades, caducó".

7. De la prueba documental, practicada por las partes, los jueces advierten que está plenamente probado el acto originador de la responsabilidad civil culposa, por la siguiente evidencia:
   7.1 Comentario en el Informe de los auditores de la CGE en el sentido que "los pagos efectuados por demandas laborales" se produjeron por "hechos originados porque el funcionario municipal dio unilateralmente por terminadas las relaciones laborales de los trabajadores, provocando el pago de indemnizaciones".
   7.2 Conclusión en el Informe en el sentido que "la decisión unilateral del funcionario municipal de dar por terminadas las relaciones de laborales de 45 trabajadores de la municipalidad, provocó el pago de indemnizaciones".
   7.3 En la observación de la CGE de la que se desprende la responsabilidad civil culposa, se dice que el funcionario municipal "en el ejercicio de sus funciones y período de gestión comprendido entre el 5 de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2011, despidió a 45 trabajadores de la institución, lo que provocó demandas laborales … las cuales fueron aceptadas mediante sentencias dictadas por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje y por el Juez de Trabajo Ocasional, originando pagos por indemnizaciones".
   7.4 En la misma Resolución impugnada se dice que "el funcionario municipal debió cumplir el marco legal vigente previo a la ejecución de cada acto administrativo vinculado con la finalización de la relación laboral de los trabajadores".
8. Sobre la base de esta incontestable prueba documental, los jueces del TDCA concluyen "que el hecho observado en el Informe a cuya consecuencia se estableció la responsabilidad del actor, fue la terminación unilateral de relaciones laborales con 45 trabajadores". La terminación se produjo el 10 de enero de 2005.

9. Para dejar claramente establecida la razón por la que se debe contabilizar el plazo del Art. 71 de la LOCGE desde el 10 de enero de 2005, los jueces del TDCA analizan el Art. 8 de la LOCGE, el ámbito de estudio del Informe de Examen Especial y los objetivos del Examen de la CGE.
10. De ese triple análisis, en la sentencia del TDCA los jueces concluyen que "el ente de control no ha justificado de qué manera podía observar un hecho ocurrido fuera del período auditado, ni explica de qué manera la actuación que observó para fundar la resolución impugnada, corresponde al cumplimiento de los objetivos o recae en el ámbito del examen; por lo tanto el Tribunal únicamente se remite a lo previsto por el Art. 71 de la LOCGE, vigente al tiempo de iniciarse la acción de control".
11. Con este antecedente, en la sentencia del TDCA se resuelve que "de las fechas antes señaladas, el Tribunal concluye que desde la comisión del acto o actividad que dio origen a la responsabilidad del actor (10 de enero de 2005) hasta la fecha de la emisión de la Resolución de Responsabilidad Civil Glosa (13 de marzo de 2018), se evidencia que la CGE determinó responsabilidades a más de los cinco años de ocurrido el hecho observado en el Informe que antecede a la controversia, vulnerándose el Art. 71 de la LOCGE vigente hasta antes de la reforma del 11 de agosto de 2008, sin que haya justificado el órgano de control por qué no fue observado oportunamente dicho acto en los exámenes que antecedieron".
12. La sentencia del TDCA interpreta, según el funcionario municipal correctamente el contenido y el sentido del Art. 71 de la LOCGE, con relación al hecho probado de la terminación unilateral de los contratos laborales realizada, el 10 de enero de 2005, que dio origen a la determinación de responsabilidades civiles, por lo que se encuentra debidamente motivada, según lo establecido en los artículos 76, numeral 7, literal l, de la Constitución, 130, numeral 4, del COFJ y 89 y 313 del COGEP.

13. El objeto de la pretensión de la demanda es la impugnación del acto administrativo contenido en la Resolución de la CGE, de 13 de marzo de 2018, notificada el 18 de junio de 2018, para que el TDCA la declarara ilegal sobre la base de tres alegaciones independientes realizadas por el actor: 1) por haber operado la caducidad establecida en el Art. 71 de la LOCGE, 2) por haber operado la caducidad prevista en el Art. 26 de la LOCGE y 3) por haberse violado los derechos del actor a la seguridad jurídica y al debido proceso consagrados en los artículos 82 y 76, numeral 1, y 7, literal L, de la Constitución y desarrollados en la LOCGE.
14. El acto del funcionario municipal, calificado de ilegal por la CGE y que, según la Resolución de la CGE, es el antecedente directo de la responsabilidad civil, se produjo el lunes 10 de enero de 2005, después de un incidente con el Sindicato de Trabajadores Municipales. Como reacción a la decisión del funcionario de dar por terminados los 45 contratos ocasionales de trabajo, ese mismo lunes 10 de enero de 2005, los trabajadores presentaron un pliego de peticiones al Tribunal de Conciliación y Arbitraje.
15. Mediante Orden de Trabajo, de 29 de octubre de 2012, la CGE inició un examen especial al Municipio, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2011.
16. Como resultado de tal examen, la CGE aprobó el Informe, el 13 de diciembre de 2013, en el que se identificó que el Concejo Municipal, como cuerpo colegiado, no el funcionario municipal, había emitido la Resolución, de 7 de enero de 2011, con la aprobación del Convenio de Pago entre el Municipio y los trabajadores, a fin de dar cumplimiento a las resoluciones y sentencias del Tribunal de Conciliación y Arbitraje (44 trabajadores) y de los jueces del trabajo (1 trabajador). En tal Resolución el Concejo le autorizó al Alcalde para que firme el Acta de Convenio de Pago, habiendo cumplido este encargo el 14 de enero de

2011. En el Informe los auditores califican de ilegal la actuación del Alcalde de haber terminado 45 contratos ocasionales de trabajo el 10 de enero de 2005.

17. En anteriores exámenes especiales, la CGE no había realizado observaciones a la terminación de los contratos laborales efectuada por el Alcalde, el 10 de enero de 2005. Recién en ese Informe los auditores de la CGE calificaron de ilegal la actuación del Alcalde y la ubicaron como el antecedente directo de cualquier responsabilidad civil por los pagos realizados por el Municipio a lo largo del 2011. No cuestionaron la actuación del Concejo sino del Alcalde, ocurrida el 10 de enero de 2005.
18. El 26 de octubre de 2015 se emitió la Glosa, que fue oportunamente contestada. El 13 de marzo de 2018, se dictó la Resolución confirmatoria de responsabilidad civil, que le fue notificada el 18 de junio de 2018.

III. ART. 71 DE LA LOCGE Y 7 AÑOS

19. El Art. 71 de la LOCGE, vigente el 10 de enero de 2005, cuando se produjo el acto generador de la responsabilidad civil, establecía el plazo de 5 años como tiempo de caducidad de las facultades de la CGE para establecer responsabilidades civiles. El 2009, mediante reforma legal publicada en el R.O. 1 S, de 11 de agosto de 2009, se modificó el plazo de 5 años por el de 7 años. Dado que esta reforma legal no tenía efecto retroactivo, el plazo de caducidad debía mantenerse en los 5 años, por lo que, después del 10 de enero de 2010, la CGE no podía establecer responsabilidades civiles en contra del funcionario municipal. En el supuesto no consentido que el plazo fuera de 7 años, solamente hubiera podido hacerlo hasta el 10 de enero de 2012.
20. Entre la actuación originadora de la responsabilidad civil, ocurrida el 10 de enero de 2005, y la notificación de la Resolución, efectuada el 18 de junio de 2018, habían trans-

currido más de 13 años, por lo que los jueces del TDCA debían declarar que la caducidad había operado de pleno derecho.

21. En la contestación a la demanda la CGE argumentó que el plazo de la caducidad debía ser contabilizado desde que el Municipio de Guamote hizo los pagos a los trabajadores, esto es, el 7 y 14 de enero de 2011. Si se considera que el Concejo Municipal aprobó el Convenio de Pago y autorizó su suscripción al Alcalde, mediante Resolución, de 7 de enero de 2011, los 7 años se cumplieron el 7 de enero de 2018, esto es, seis meses antes del 18 de junio de 2018, fecha en la que se notificó la Resolución, confirmatoria de la responsabilidad civil.
22. En la demanda se deja claramente expuesto que había operado la caducidad de las facultades de la CGE. Tanto en la Audiencia Preliminar como en la Audiencia de Juicio, el actor demostró y argumentó, que había transcurrido el plazo de la caducidad establecido en el Art. 71 de la LOCGE, antes y después de la reforma legal del 2009, por lo que los jueces del TDCA debían declarar que la caducidad había operado de pleno derecho. La entidad demandada no demostró ni argumentó que el plazo de la caducidad comienza a transcurrir desde que finaliza el período examinado por la CGE. Por el contrario, la CGE sostuvo que se debe contar desde el supuesto perjuicio económico ocurrido en la aprobación y realización de los pagos a los trabajadores.

IV. ART. 26 DE LA LOCGE Y 180 DÍAS

23. En la demanda también se argumentó que había operado otra caducidad, esto es, la caducidad de las facultades de la CGE por haber transcurrido el plazo de 1 año establecido en el Art. 26 de la LOCGE, entre la Orden de Trabajo, de 29 de octubre de 2012, y el Informe de Auditoría, de 9

de diciembre de 2013. Esta caducidad del Art. 26 se produce cuando se ha iniciado la actividad de control dentro del plazo establecido en el Art. 71 de la LOCGE.

24. El plazo de 1 año se redujo a un término de 180 días en la reforma legal del Art. 26 de la LOCGE realizada en la Disposición Transitoria 12 del COIP, que se publicó en el R.O. 598 S3 el 30 de septiembre de 2015. Sin embargo, en la fecha del referido Informe estaba en vigencia el plazo de 1 año. El artículo 26 prescribe lo siguiente:" *Los informes de auditoría gubernamental, en sus diferentes clases y modalidades, tendrán el contenido que establezcan las normas de auditoría y más regulaciones de esta Ley, incluyendo la opinión de los auditores, cuando corresponda, y la referencia al período examinado. Estos informes serán tramitados desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe en el término máximo de ciento ochenta días improrrogables …"*
25. Hasta el 29 de octubre de 2013, la CGE debió aprobar el Informe. Lo hizo con más de un mes de retraso. En consecuencia, por haber operado la caducidad señalada en el Art. 26 de la LOCGE, la CGE estaba impedida de establecer responsabilidades civiles en contra del funcionario municipal. Más aún, tal Informe era nulo, por haber sido aprobado con retraso, después de 1 año de emitida la orden de trabajo. En tales circunstancias, tanto la Glosa, con la predeterminación de responsabilidad civil, como la Resolución, confirmatoria de la Glosa, notificada el 18 de junio de 2018, se sustentaban en un Informe nulo.
26. La Corte Constitucional, en la Sentencia No. 157-18-SEP-CC, de 25 de abril de 2014, estableció, de manera indubitable, que el tiempo establecido en el Art. 26 de la LOCGE se lo cuenta desde que se emite la orden de trabajo hasta que se aprueba el informe de auditoría. Transcurrido ese tiempo, la caducidad de las facultades de la CGE opera de pleno derecho.

27. En el mismo sentido de la CC se pronunció la CNJ en el recurso de casación No. 1237-2016, de 7 de junio de 2017.
28. Si los jueces del TDCA no hubieran declarado que había operado la caducidad de las facultades de la CGE para determinar responsabilidades civiles de funcionario municipal, por haber transcurrido el plazo establecido en el Art. 71 de la LOCGE, debían declararla, según el Art. 72 de la LOCGE, por haber transcurrido el plazo de 1 año señalado en el Art. 26 de la misma LOCGE. Tanto el un pedido como el otro se lo hizo en la demanda, a fin de que se declarara la ilegalidad de la Resolución impugnada.
29. Se desfigura la noción de la responsabilidad directa del servidor público establecida en el Art. 52 de la LOCGE al imputársele al funcionario municipal, en la Resolución impugnada, inexistentes incumplimientos legales establecidos en el Art. 77, numeral 1, de la LOCGE o que sólo un juez de derecho podía determinarlos en relación con la cláusula segunda del contrato colectivo. Si el pago lo aprobó el Concejo Municipal, y la CGE cuestionaba tal pago, debió determinarse el pago de lo no debido, según el Art. 43 de la LOCGE. Sin embargo, se le glosó solamente al funcionario municipal, como responsable directo, por la actuación del 10 de enero de 2005, ocurrida seis años antes de la resolución del Concejo municipal, de 7 de enero de 2011. No se le responsabilizó de haber hecho los pagos, el 2011, sino de haber cesado ilegalmente a 45 trabajadores, el 2005.
30. La falta de motivación de la Resolución impugnada es tal que al funcionario municipal la CGE le imputa haber violado, el 10 de enero de 2005, las normas de dimensión laboral contenidas en los artículos 325 y 326 de la Constitución vigente el 2018, que entró en vigor el 20 de octubre de 2008.

V. JURISPRUDENCIA SOBRE CADUCIDAD DE COMPETENCIAS DE LA CGE EN EL ART. 71 DE LA LOCGE

31. En la sentencia de la CNJ en el juicio No. 11804-2017-00109 relacionada con el establecimiento de responsabilidades administrativas originadas en actos ocurrido dentro del período examinado por la CGE, la Sala Especializada de los Contencioso Administrativo señaló que los plazos de caducidad no podían encontrarse establecidos en los reglamentos sino en las leyes. Concluyó que no era posible alegar la caducidad de las facultades de la CGE sobre la base del Art. 56 del Reglamento a la LOCGE. En el fondo, determinó que el plazo de la caducidad se cuente desde el período examinado siempre que el acto causante de la responsabilidad se haya originado dentro de tal período y no fuera de éste. En el caso del funcionario municipal, la actuación ilegal ocurrió el 10 de enero de 2005 y el período examinado fue del 1 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2011.
32. En la sentencia de casación 630-2017, dentro del Juicio No. 17811-2016-01246, de 31 de mayo de 2017, la Sala Especializada de los Contencioso Administrativo no aceptó el recurso de casación presentado por la CGE y, en consecuencia, confirmó la sentencia del TDCA que había declarado la caducidad de las facultades de la CGE por haber transcurrido el plazo de 5 años, establecido en el Art. 71 de la LOCGE, entre la Resolución No. 000578, de 22 de diciembre de 2015, en la que se determinó la responsabilidad culposa de funcionarios de SENATEL "por actuaciones u omisiones acontecidas entre el 1 de enero de 2003 al 31 de enero de diciembre de 2004, época a la cual corresponde el período de gestión examinada … la facultad para que la autoridad contralora emita su pronunciamiento debía ejercerse hasta el 31 de diciembre de 2009 … la

Resolución No. 5059, de 8 de enero de 2014, que determinó la responsabilidad culposa … así como la Resolución No. 0000578, de 22 de diciembre de 2015, que ratificó parcialmente el monto de dicha responsabilidad civil culposa en 433.129,45 USD, son nulas, pues contravienen el plazo de caducidad claramente señalado en el Art. 71 de la propia LOCGE" (Considerando Quinto). Aclaró la Sala que la CGE no podía interrumpir ni suspender el plazo fatal de caducidad mediante órdenes de trabajo sucesivas y que la entidad de control había perdido competencias de pleno derecho y en forma automática por el transcurso del plazo legal. La CGE había alegado que el inicio del examen interrumpía la caducidad.

33. La sentencia de casación de la CNJ, en el Juicio No. 17811-2016-01246, no deja duda alguna que la CGE únicamente puede determinar responsabilidades civiles culposas por actos, actuaciones y omisiones ocurridas dentro del período examinado y no fuera de éste. Además, que el plazo de caducidad del Art. 71 de la LOCGE aplicable era de 5 años y no 7 años, para actos, actuaciones y omisiones anteriores a la reforma legal del año 2009 (R.O. 1 S, 11 de agosto de 2009), sin importar que las resoluciones ratificatorias de responsabilidad civil se hayan emitido y notificado el 2015 o después.
34. Recientemente, la CC dictó la Sentencia No. 200-13EP/20, de 22 de enero de 2020, para negar la AEP presentada por la CGE en contra de la sentencia No. 12-2013, de 9 de enero de 2013, de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la CNJ, dentro del recurso de casación No. 339-2009. La CC determinó que la sentencia se encontraba debidamente motivada por cuanto los jueces aplicaron las normas legales pertinentes a los antecedentes de hecho para declarar la caducidad, al haberse cumplido el plazo fatal de los 5 años del Art. 71 de la LOCGE, antes Art. 353 de la LOAFYC (Ver numeral 36).

35. La CNJ, en la sentencia No. 12-2013, de 9 de enero de 2013, al negar la casación planteada por la CGE, consideró que el motivo de la glosa fue la orden de pago de un bono profesional aprobada, mediante instructivo dictado por la máxima autoridad de la entidad examinada, el Director General del IESS, en 1991. Los pagos se realizaron entre 1991 y 1998. La CGE realizó el examen respectivo con corte al 31 de agosto de 1997 y, el 24 de abril de 1998, habría sugerido, por escrito, que se haga el descuento de los valores del bono profesional. La glosa se notificó el 24 de enero de 2002. La Sala Especializada resolvió que el plazo de 5 años de la caducidad debía contarse desde 1991, cuando "nace el acto que se señala como fuente del pago presuntamente injustificado", y no desde 1998, cuando, a criterio de la CGE, el Director del Seguro Campesino no impartió la orden para que los profesionales devuelvan los valores percibidos por bono profesional (numeral 5.4 de la sentencia de casación). La CNJ deja en claro que el acto causante de la responsabilidad civil culposa es el que desencadena lo que sucede posteriormente en materia de pagos y recuperaciones, por lo que su fecha de origen, 1991 en el caso analizado, es la que sirve para contabilizar el tiempo de la caducidad.
36. En la sentencia de casación No. 865-2016, de 19 de julio de 2016, correspondiente al recurso de casación No. 356-2013, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la CNJ rechazó el recurso de casación presentado por la CGE y confirmó la sentencia del TDCA que declaró nulo el acto administrativo impugnado por haber transcurrido el plazo del Art. 71 de la LOCGE. El 27 de septiembre de 2001 el Ministerio de Salud terminó unilateralmente el contrato de construcción celebrado con el actor el 28 de diciembre de 1995. El 26 de enero de 1999 el contratista había dejado de ejecutar las obras contratadas. El 3 de mayo de 2007, la CGE le notificó la glosa respectiva. La CNJ hace suya la

siguiente conclusión del TDCA: "las actividades u operaciones del actor que determinan la responsabilidad civil, debieron producirse con anterioridad al abandono de la obra, esto es, antes de febrero de 1999; razón por la que, si fue notificado con la glosa el 3 de mayo de 2007, resulta claro que se lo hizo cuando había caducado la competencia administrativa de control". De este modo, la CNJ estableció que el acto de origen es el único acto causante de la responsabilidad civil culposa y desde la fecha en que se produce se cuenta el tiempo de la caducidad.

37. En la sentencia de casación No. 292-2019, de 17 de abril de 2019, en el juicio No. 11804-2018-00048, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la CNJ, al aceptar la casación de la CGE por indebida "aplicación" del Art. 71 de la LOCGE, consideró que no había transcurrido el tiempo de 7 años por cuanto el acto originario de la responsabilidad "administrativa" se produjo, el 2011, esto es, dentro del período examinado comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 30 de junio de 2014, y la Resolución confirmatoria de la responsabilidad administrativa culposa No. 22510, de 14 de noviembre de 2016, se notificó el 21 de noviembre de 2017. Los jueces del TDCA, por mayoría, habían declarado que operó la caducidad de 60 días señalada en el Art. 56, literal a, del Reglamento a la LOCGE, en el caso de responsabilidades administrativas. Los jueces de la CNJ reprodujeron el contenido de la sentencia de casación, dentro del recurso de casación No. 11804-2017-00109 (Considerando Cuarto), para que quede en claro que "los distintos plazos de caducidad deben ser dispuestos por la ley, y, de manera alguna, un reglamento puede contradecirlos, teniendo evidentemente primacía la LOCGE sobre su Reglamento … declarando que no ha operado la caducidad de la CGE para establecer la responsabilidad administrativa". Una vez más la CNJ contabiliza el tiempo de la caducidad de 7 años, previsto en el Art. 71 de la LOCGE,

desde el período examinado, dado que el acto originario de la responsabilidad se produjo dentro de este período.

38. En definitiva, tanto la jurisprudencia de la CC como de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la CNJ es concordante en el sentido que el plazo de caducidad de las competencias de control, del Art. 71 de la LOCGE, se lo debe contabilizar desde el período examinado por la CGE, siempre que el acto, la actuación o la omisión, que da origen al establecimiento de responsabilidades civiles y administrativas culposas, haya ocurrido dentro de tal período. Si se produce fuera del período examinado, se debe contabilizar el plazo desde que ocurrió el acto, la actuación o la omisión.
39. También la jurisprudencia es concordante en señalar que el plazo de 5 años del Art. 71 de la LOCGE se aplica para los actos, actuaciones u omisiones ocurridas antes de la reforma legal publicada en el R.O. 1S, de 11 de agosto de 2009, con la que el plazo se fijó en 7 años.
40. En la sentencia del TDCA, motivo del presente análisis, los jueces no se apartaron de la jurisprudencia de la CC y la CNJ. Contabilizaron el plazo de 5 años de caducidad desde que ocurrió la actuación, supuestamente ilegal, imputable al Alcalde, el 10 de enero de 2005, y aplicaron el Art. 71 de la LOCGE vigente en aquel entonces. Dado que el acto originario de la responsabilidad civil culposa nació fuera del período examinado por la CGE, comprendido entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2011, el plazo no se lo contabilizó desde este período.

VI. CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL ART. 71 LOCGE NORMA PRESCRIPTIVA

41. El Art. 71 de la LOCGE, aplicado por los jueces del TDCA, dispone: *"La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las institu-*

ciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en siete años contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos …". Se trata de una norma sustantiva de derecho, con una estructura de dos partes, esto es, un supuesto y una consecuencia, que, sin necesidad de complementarse con otras normas, por no faltarle una de las dos partes, forma una "proposición jurídica completa" (Considerando Tercero, CNJ, Sentencia de Casación, 618-2017, Juicio 17741-2017-0060)

42. Dicho Art. 71 contiene una norma prescriptiva y no una norma de definición, con los respectivos supuesto de hecho y consecuencia jurídica, por lo que es una norma completa, que se agota en sí misma y cuenta con fuerza propia para crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas. Las normas jurídicas sustantivas declaran o reglan la existencia, inexistencia o modificación de relaciones jurídicas sustanciales o materiales. El supuesto de hecho es el siguiente: la CGE tiene 5 años para pronunciarse sobre las actividades estatales y los actos de las personas sometidas a su control, así como para determinar responsabilidades, contándose los 5 años desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos. La consecuencia jurídica, por su parte, es la siguiente: caduca la facultad de la CGE para pronunciarse y determinar responsabilidades después de ese plazo fatal. El Art 71 de la LOCGE, que se encontraba vigente cuando el Alcalde, el 10 de enero de 2005, terminó unilateralmente 45 contratos de trabajo, fue reformado mediante ley publicada en el R.O. 1S, de 11 de agosto de 2009, sustituyéndose los 5 años por 7 años, como plazo de la caducidad.
43. Los jueces del TDCA aplicaron correctamente el Art. 71 de la LOCGE, vigente el 10 de enero de 2005, y, bajo los parámetros de la jurisprudencia de la CC y la CNJ, declararon que había operado la caducidad de la facultad de la CGE

para determinar, mediante la Resolución, de 13 de marzo de 2018, notificada el 18 de junio de 2018, responsabilidades civiles culposas en contra del funcionario municipal, por el acto realizado, el 10 de enero de 2005, al haber transcurrido más de 13 años, esto es, un tiempo superior a los 5 años establecidos en dicho Art. 71.

44. Ante la constatación del supuesto de hecho, es decir, el paso del tiempo por más de 5 años, los jueces declararon que había operado, de pleno derecho, la consecuencia jurídica de la norma, esto es, la caducidad, convirtiéndose en ilegal la Resolución de la CGE.
45. La CGE alega que los jueces del TDCA interpretaron erróneamente el Art. 71 de la LOCGE al contabilizar el tiempo de la caducidad, de 7 años, desde el 10 de enero de 2005, cuando se realizó el acto por el que se glosó al funcionario municipal, y no desde el 31 de diciembre de 2011, cuando terminó el período examinado comprendido entre esa fecha y el 1 de enero de 2009.
46. Por ello, dice: "… el período analizado por la CGE … desde el 1 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011 … la contabilización de los 7 años para pronunciarse respecto a la responsabilidad culposa, se lo considerará a la fecha del corte de la acción de control, es decir que la Resolución o acusación administrativa se lo debía notificar al señor funcionario municipal (accionante) hasta el 31 de diciembre de 2018 … la correcta interpretación del artículo 71 de la LOCGE, es la contabilización desde el fin del período de la acción de control".

VII. ERRONEA INTERPRETACION Y APLICACIÓN INDEBIDA. DIFERENCIAS

47. La CNJ ha sostenido que la causal de errónea interpretación de norma de derecho excluye las de falta o indebida aplicación de norma. En la Sentencia de Casación, de 17 de

diciembre de 2013, en el Juicio Especial No. 606-2011, la CNJ señaló: "No se pueden invocar al mismo tiempo y respecto de una misma norma jurídica falta de aplicación, indebida aplicación y errónea interpretación, pues, éstos son vicios excluyentes e incompatibles" (numeral 5.1.1 de la Sentencia de Casación). Sin embargo, la CGE, sin haber alegado expresamente la indebida aplicación de norma, en el fondo pretende que los jueces del TDCA aplicaron indebidamente el Art. 71 de la LOCGE, vigente el 10 de enero de 2005, al interpretar erróneamente el Art. 71 de la LOCGE, en vigor desde el 11 de agosto de 2009.

48. La CNJ ha delimitado claramente la frontera entre la naturaleza de aplicación indebida y la errónea interpretación de norma sustantiva, a fin de que no se pueda alegar explícitamente una de las dos causales de casación, utilizando implícitamente, también como alegación oculta, a la otra causal. Habiendo afirmado, con el pensamiento de Manuel de la Plaza (La Casación Civil. Editorial Revista de Derecho, Madrid, 1974, pp. 214-218) que la inaplicación de la ley se produce por el absoluto desconocimiento de la norma, considera que la interpretación errónea se produce "acerca de su contenido, del pensamiento latente en ella, por insuficiencia o exceso en el juicio del juzgador; de acuerdo con las doctrinas sobre interpretación de las leyes, interpretación errónea de las leyes o doctrinas legales aplicables al caso del pleito", mientras que en la aplicación indebida "el error ocurre al subsumir los hechos establecidos en la norma, lo que puede ocurrir al precisar las circunstancias de hecho que son relevantes para que la norma entre en juego (yerro de diagnosis jurídica) o puede ser al establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto", llegándose, en ambos casos, "a una aplicación indebida de la norma" (Sentencia de Casación, de 7 de febrero de 2014, Juicio 509-2012, Jurisprudencia 32-2014).

49. En la sentencia del TDCA no existe error sobre el verdadero sentido de la norma del Art. 71 de la LOCGE aplicado por los jueces. Para identificar su verdadero sentido normativo, los jueces del TDCA, en primer lugar, no se apartaron de los parámetros de la jurisprudencia concordante de la CC y de la CNJ y, en segundo lugar, de los hechos probados, concluyeron que la responsabilidad civil culposa en contra de funcionario municipal la determinó la CGE por haber terminado 45 contratos ocasionales, el 10 de enero de 2005.
50. La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la CNJ ha desarrollado los lineamientos de la causal de casación de errónea interpretación de norma sustantiva de derecho, prevista en el Art. 268 del COGEP, en los siguientes términos: "… *Cuando se alega el caso quinto, se debe partir de los hechos probados en la sentencia, es decir, se debe hacer una abstracción sobre las conclusiones a las que arribó el tribunal de instancia sobre el material fáctico, por lo tanto, quien acusa a una sentencia por uno de los vicios previstos en el caso quinto, reconoce tácitamente que las conclusiones a las que llegó el tribunal a quo sobre los hechos discutidos, es correcta"* (el resaltado es mío) (CNJ, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, Resolución No. 292-2019, Juicio No. 11804-2018-00048, 17 de abril de 2019, Considerando Tercero, 3.1). También ha señalado que *"no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Cuando el Juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos … luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca una norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables. A esta operación la doctrina le ha llamado subsunción del hecho en la norma … El vicio de juzgamiento o iudicando contemplado en la causal quinta se da en tres casos … 3) Cuando el Juzgador incurre en un yerro de hermenéutica, al interpretar*

la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene" (Considerando Tercero, CNJ, Sentencia de Casación, 618-2017, Juicio 17741-2017-0060)

51. En la sentencia de los jueces del TDCA consta que se ha probado que el acto que dio origen a la determinación de la responsabilidad civil culposa del exalcalde de Guamote ocurrió el 10 de enero de 2005. La causal quinta del Art. 268 del COGEP no es una oportunidad para que la CNJ examine, evalúe y se pronuncie sobre el hecho ya probado en la respectiva instancia, cambiándolo por otro hecho. La CGE, sin embargo, pretende que se identifique un hecho distinto del probado, y valorado por los jueces como prueba, en calidad de nueva fuente originadora de la responsabilidad civil del empleado municipal. Sin precisión suficiente, menciona, por ejemplo, la suscripción del Acta de Convenio de Pago, aprobada por el Concejo municipal, y los pagos realizados a lo largo del 2011 y el 2012, como los hechos distintos que se debería valorar para contabilizar la caducidad.
52. En el Art. 71 de la LOCGE se dice que el plazo de la caducidad se contará "desde que se hubieren realizado dichas actividades o actos". El acto cuestionado por la CGE se realizó el 10 de enero de 2005. La CGE no cuestionó que el Concejo municipal haya aprobado el convenio de pago el 7 de enero de 2011 ni que se hayan hecho los pagos en los años 2011 y 2012. Por ello, la CGE identificó como único responsable directo al funcionario municipal y sólo a él le determinó responsabilidades civiles culposas.
53. En definitiva, no existe errónea interpretación de norma de derecho en la sentencia del TDCA.

EFICACIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN TERMINACIONES UNILATERALES DE CONTRATOS SUJETOS A LA LOSNCP

Álvaro E. Sánchez Solís[1]

Abreviaturas: CC: Corte Constitucional, CRE: Constitución de la República del Ecuador (2008), LOGJCC: Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, LOSNCP: Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, RLOSCNP: Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, COA: Código Orgánico Administrativo.

I. Introducción

El marco jurídico ecuatoriano ha experimentado un cambio con la expedición de la CRE en el año 2008. La categorización del Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia tiene implicaciones jurídicas relevantes en cuanto al garantismo y justiciabilidad de los derechos, ya que la Constitución ofrece herramientas para proteger los derechos que sufran vulneraciones. Estas herramientas se cristalizan en las garantías jurisdiccionales y una de ellas es la Acción de Protección, que tiene como objeto el amparo eficaz de los derechos consagrados en la Constitución.

1. Estudiante de la carrera de Derecho en la PUCE-Ambato. Pasante en el Estudio Jurídico TorresCobo. Sus áreas de interés son el Derecho Procesal Constitucional y el Derecho Administrativo.

En materia de contratación pública, la interposición de acciones de protección ha sido objeto de debate, dado que se suele considerar, a menudo, como un asunto de mera legalidad y no como un caso que se pueda ventilar por vía constitucional. El propósito del presente estudio es analizar cuán eficaz resulta interponer una acción de protección en actos de terminación unilateral de contratos sujetos a la LOSNCP. Para el cumplimiento de ese propósito, se puntualizan conceptos claros con respecto a la competencia, las reglas de trámite y el análisis de los actos administrativos que configuran el proceso de contratación pública. También se analizará un caso concreto que permitirá explicar la pertinencia de este estudio a la realidad jurídica. El presente trabajo abarca un examen teórico-normativo y práctico desde el punto de vista jurídico, procesal constitucional y administrativo.

II. Planteamiento del problema

El 8 de septiembre del 2020, la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Quitumbe, emitió una sentencia en primera instancia en la que rechazó una acción de protección presentada por un Consorcio contra el GAD Municipal de Durán dentro del proceso 17233202002281.

El GAD había terminado de manera unilateral un contrato público de actualización de catastro que había suscrito con el Consorcio, sin haber notificado antes el "acto de prevención de terminación", previsto en el artículo 95 de la LOSNCP. Este acto generó una clara vulneración al derecho a la defensa en la garantía del debido proceso, establecido en el artículo 76, numeral 7, literal a) de la CRE.

Otra vulneración constante en el procedimiento de terminación unilateral del contrato público es la falta de motivación de la resolución impugnada en vía constitucional.

Los jueces argumentan que la notificación del acto de prevención de terminación se realizó correctamente, y dio validez a un documento que carece de numeración y que está suscrito por un "delegado" y no la máxima autoridad.

III. Naturaleza y objeto de la Acción de Protección

La Acción de Protección es el resultado de un proceso de transformación del constitucionalismo ecuatoriano y del paso de un Estado de Derecho (determinado por la Constitución Política de 1998) a un Estado de derechos y justicia. En la Constitución Política de 1998 se establecía a la acción de amparo constitucional como un medio para proteger los derechos constitucionales de vulneraciones por lo que tiene un carácter meramente cautelar. La nueva CRE amplía las posibilidades de garantía jurisdiccional al introducir a la acción de protección como una acción de conocimiento. Los nuevos alcances garantistas de la CRE le otorgan a la Acción de Protección una naturaleza tutelar y reparatoria[2].

Una notable diferencia entre el amparo constitucional y la acción de protección radica en la creación de derecho objetivo, dado que la acción de amparo constitucional era conocida por jueces de primera instancia y, de interponerse recurso de apelación, ésta llegaba al Tribunal Constitucional que dictaba fallos concretos dentro de los casos presentados. Mientras que en el contexto jurídico actual, la Acción de Protección se interpone ante los jueces de instancia y, en caso de existir apelación, se remite el caso a la Corte Provincial. Las sentencias ejecutoriadas, conforme lo establece la CRE en su artículo 86, numeral 5, se remiten a la CC que, a través de una discrecional selección, determina en qué casos se emite un fallo de carácter vinculante

2. Ramiro Ávila Santamaría, "Del amparo a la acción de protección jurisdiccional", *Revista IUS*, n.° 27 (2011): 95-125.

y pasa a formar parte de una línea jurisprudencial obligatoria por lo que crea derecho objetivo a través de las sentencias.

La Acción de Protección se puede interponer ante la vulneración de derechos constitucionales por acción u omisión. No se establecen exclusiones expresas, sin embargo, en el art. 88 de la CRE se define la procedencia de la Acción de Protección frente a la conculcación de derechos consagrados en la Constitución y, en un criterio concordante, el art. 39 de la LOGJCC incluye a los derechos reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos. Así lo ha entendido la CC: "*La Constitución de la República dispone que la acción de protección tiene por objeto: "el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución" (artículo 88). Concordante con esta norma, el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que dicha acción tiene por objeto "el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos* (…)"[3].

IV. Carácter multidimensional de los derechos

Uno de los factores a considerar para interponer una acción de protección es que éstos son "multidimensionales", al comprenderse una dimensión legal y una constitucional. Para la procedencia de la acción de protección se debe verificar la vulneración de ambas dimensiones. En efecto, la multidimensionalidad ha sido tratada por la CC: "*Todos los derechos consagrados en la Constitución presentan varias facetas; es decir, son multidimensionales. Por tanto, los mecanismos o vías que ell ordenamiento jurídico adopte para garantizar su efectiva vigencia deben abarcar, tanto la dimensión constitucional del derecho como su ámbito legal, de manera que se proteja integralmente el contenido del derecho vulnerado* (…)"[4].

3. Sentencia No. 204-12-SEP-CC, dictada en el caso No. 1274-10-EP.

4. Sentencia No. 001-16-PJO-CC, dictada en el caso No. 0530-10-JP.

En la doctrina también se ha reconocido que la vulneración debe estar orientada a atacar la dimensión constitucional del derecho: "*Esto significa que, para que proceda la acción de protección, la violación del derecho necesariamente debe afectar el contenido constitucional del mismo y no a las otras dimensiones del derecho afectado por acción u omisión de autoridad pública*"[5].

De no afectar la vulneración a la dimensión constitucional del derecho, se debe proceder mediante otras vías, que son las idóneas y eficaces para el caso. La CC expresa lo siguiente: "*No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de la garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías* (…)"[6]

Al momento en el que el juzgador debe dilucidar si una vulneración se produce en las dimensiones legal y constitucional, debe considerar dos elementos: la materia que se pretende discutir, sin invadir la esfera de actuación de los jueces ordinarios y, el análisis del contenido y alcance del derecho[7].

5. Montaña Pinto Juan; "Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección". En Montaña Pinto Juan y Porras Velasco Angélica (ed.) – "Apuntes de Derecho Procesal Constitucional – Tomo II – Quito – Corte Constitucional para el periodo de transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional – año 2011 – pág. 108.

6. Sentencia No. 016-13-SEP-CC, dictada en el caso No. 1000-12-EP.

7. Cfr. Quintana, Ismael, *La Acción de Protección*, Quito, CEP Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020, p. 183.

V. La Acción de Protección no es subsidiaria

Con base en las consideraciones del carácter multidimensional de los derechos, se colige que la Acción de Protección no es subsidiaria. No obstante, el juez de instancia, en la sentencia analizada, manifiesta lo siguiente: "*de ninguna manera se justificó por parte del accionante la inexistencia de un mecanismo de defensa administrativo o judicial adecuado ni que la vía que propone la ley para tramitar este tipo de reclamos sea ineficaz para tutelar sus derechos*". La CC, al desarrollar una regla jurisprudencial, ha manifestado que los jueces de instancia son los llamados a determinar que la justicia ordinaria es o no la vía idónea y eficaz, después de haber realizado un "*profundo análisis*"[8].

El inciso séptimo del artículo 102 de la LOSNCP contemplaba que "*los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la ley*". Este inciso fue declarado inconstitucional por la CC bajo el argumento de que es una norma restrictiva y que se coarta la inmediatez y eficacia con la que las garantías jurisdiccionales actúan frente a la vulneración de derechos constitucionales[9].

VI. Competencia para conocer la Acción de Protección en casos de contratación pública

En el artículo 86. 2 de la CRE se establece que, para toda garantía jurisdiccional, será competente el juzgador del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos. El artículo 7 de la LOGJCC determina algo similar,

8. Sentencia No. 436-14-EP/20.

9. Sentencia No. 006-17-SEP-CC, dictada en el caso No. 1445-13-EP.

únicamente se agrega la regla de que la acción sea sorteada si hay varios jueces competentes. Los juzgadores que poseen competencia ordinaria sobre las garantías jurisdiccionales son los de "primera instancia". No existen juzgadores que tengan competencia exclusiva sobre la materia constitucional, por lo cual, conforme a lo establecido en la LOGJCC, la acción de protección se sortea entre los juzgadores de las distintas materias, que, pasan a ser jueces constitucionales al recibir la acción. La CC se ha pronunciado respecto a este tema, así: "*La Corte Constitucional, tal como lo ha dicho en ocasiones anteriores, determina que los servidores públicos, en este caso particular, juezas y jueces del país, cuando conocen de garantías jurisdiccionales se alejan temporalmente de sus funciones originales y reciben la denominación de juezas y jueces constitucionales, hecho que deviene en que el órgano encargado de sancionar, garantizando el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, por deficiencias en la sustanciación de causas, sea la Corte Constitucional*"[10].

En la sentencia del caso analizado se determinó la competencia en función del domicilio del accionante, ya que los efectos de la ejecución de las garantías de Fiel Cumplimiento y de Buen Uso del Anticipo se registraban en bienes inmuebles ubicados en Quito, a pesar de que el contrato haya sido firmado en Durán y se haya establecido en una cláusula que las controversias se resolverían en Durán[11].

Otro presupuesto que determinó el juez en la sentencia es que para casos de garantías jurisdiccionales en terminaciones unilaterales de contratos públicos, la competencia podría radicar a nivel nacional, en función de los efectos derivados de la declaratoria de contratista incumplido en el SERCOP[12].

10. Sentencia No. 001-10-PJO-CC, dictada en el caso No. 0999-09-JP.
11. Sentencia emitida dentro del juicio No. 17233202002281. (Apartado 2.1)
12. Sentencia emitida dentro del juicio No. 17233202002281. (Apartado 2.1)

VII. Acto de prevención de terminación y reglas de trámite

De conformidad con el artículo 95 de la LOSNCP, previo a emitir una resolución de terminación unilateral de contrato público, la Entidad Contratante deberá notificar al contratista "*con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico*", por lo que establece un procedimiento para que las entidades públicas terminen unilateralmente contratos administrativos. Tal procedimiento se inicia con un acto de prevención de terminación de contrato, que no tiene necesariamente la condición de acto administrativo sino de acto de simple administración. Y concluye con el acto administrativo de terminación unilateral.

Con el acto de prevención de terminación unilateral contractual se abre una etapa para que el contratista se defienda de los incumplimientos o mora señalados específicamente por la entidad contratante, que tiene la obligación de remitir al contratista los respectivos informes técnico y económico. El acto de prevención, debidamente notificado, conlleva la advertencia al contratista que se dará por terminado unilateralmente el contrato sino cumple ni remedia. El derecho a defenderse en esta etapa es una garantía que no puede desconocer la entidad contratante.

Esta primera etapa termina con la justificación o no o la remediación o no del contratista. Solamente si el contratista no justifica la mora ni remedia el incumplimiento se abre la segunda etapa del procedimiento con la expedición del acto administrativo de terminación unilateral, etapa en la que la entidad contratante deberá pronunciarse, sobre los recursos administrativos, entre ellos, el de reposición, previsto en el RLOSNCP, además de establecer el avance físico, realizar la liquidación

financiera y contable, y ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, en la parte que corresponda, la garantía por el buen uso del anticipo.

Las dos etapas y los dos actos del procedimiento administrativo de terminación unilateral, se encuentran encadenados, son, en definitiva, una secuencia. La voluntad administrativa de terminar unilateralmente se forma desde la primera etapa con el acto de prevención de terminación.

En el caso analizado, se evidenció que no existió una correcta notificación del acto de prevención de terminación. La Entidad Contratante, a pesar de conocer las direcciones de los trabajadores de la contratista y de haber enviado documentos durante la ejecución del contrato, conforme el artículo 172 del COA.

La Entidad Contratante, en un memorando relacionado con este tema, no justificó de forma adecuada la notificación del documento conforme el artículo 171 del COA. La Entidad Contratante manifestó que el documento se envió por un medio electrónico denominado "wetransfer.com" sin indicar el destinatario, omisión grave, ya que se puede colegir que el documento nunca llegó a la Contratista. El Art. 164 del COA señala que debe existir "constancia" en el expediente administrativo "de la transmisión y recepción de su contenido". Esa constancia simplemente no existe, como tampoco existe la constancia de haberse hecho la notificación en persona, por boletas o por algún medio de comunicación, según los arts. 165, 166 y 167 del COA. El juez, en sentencia, otorgó validez jurídica al documento que no había sido notificado correctamente y que carecía de numeración.

El artículo 95 de la LOSNCP es una regla de trámite de rango legal, en cuyo procedimiento se encuentra configurado el

ejercicio del derecho a la defensa consagrado en el numeral 7 del artículo 76 de la CRE y en el Art. 33 del COA, según lo que dice la CC: "*Remarca una perspectiva temporal y gradual, con el fin de que el derecho a la defensa con todas las garantías que lo constituyen, no pueda verse afectado absolutamente en ningún momento de un proceso*"[13]. En otra sentencia la CC ha señalado que el desconocimiento del procedimiento establecido en una regla de trámite de rango legal o inferior, vulnera el derecho constitucional a la defensa cuando el afectado no puede alegar ni contradecir[14].

VIII. Motivación en resoluciones de terminaciones unilaterales de contratos administrativos

En el caso analizado, el juez de instancia sostiene que no ha podido "*apreciar que en el acto cuestionado se haya vulnerado el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación*". Sin embargo, da a entender que acepta que la Resolución GADMCD-DGPTDU-2020-001, de 6 de enero del 2020, contiene inconsistencias cuando dice que "*bajo el imperio de los principios de convalidación, trascendencia y especificidad, no todas las inconsistencias que puedan aparecer en un acto determinado lo transforman en nulo*"[15].

Según el juez, es suficiente, para considerar que una resolución está debidamente motivada, que la entidad contratante invoque cualquier norma, aunque sea improcedente o equivocada; tome la decisión de terminar unilateralmente el contrato, a pesar de que las premisas estén erróneamente formuladas, y, por último, señale que termina el contrato con base "*a los informes técnicos y económicos emitidos por el fiscalizador del contrato y*

13. Sentencia No. 770-13-EP/20.

14. Sentencia No.1568-13-EP/20.

15. Sentencia emitida dentro del juicio No. 17233202002281 (Apartado 3.5, v).

el administrador del mismo"[16]. No repara que la jurisprudencia constitucional ecuatoriana es muy exigente para justificar la debida motivación de un acto administrativo, sin que sean admisibles inconsistencias ni errores de forma y de fondo en la enunciación de normas, de hechos y la pertinencia lógica entre unos y otros[17].

A un nivel más general, la CC ha manifestado que una motivación no depende de su extensión, sino que es posible una "*fundamentación sucinta, concreta y específica en la que se enuncie y explique la aplicación de normas jurídicas pertinentes a un caso concreto*"[18]. En este caso, la motivación carecía de un elemento angular que es la explicación de la pertinencia de las normas jurídicas a un caso concreto. El juez de instancia no compartió este criterio.

IX. Conclusión

En definitiva, el plantear una acción de protección contra una terminación unilateral de contrato que vulneró el derecho a la defensa y la motivación por la no emisión del acto de prevención de terminación y la carente explicación de las normas pertinentes al caso, no es eficaz. Esto, al tomar el criterio de un juez de instancia en un caso análogo y fundamentarlo desde la jurisprudencia de la CC y la doctrina constitucional.

16. Sentencia emitida dentro del juicio No. 17233202002281 (Apartado 3.5, v).
17. Sentencia No. 2004-13-EP/19.
18. Sentencia No. 751-14-EP/20.

SISTEMA DE PENAS EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL[1]

Andrés Jaramillo Torres[2]

Resumen

La presente contribución estudia el sistema de penas en el Derecho Penal Internacional. Se realizará un análisis del régimen jurídico y la práctica sentenciadora de los Tribunales Militares Internaciones, los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional, específicamente sobre la determinación del *quantum* de la pena y los fines atribuidos a la misma.

Palabras claves: *Tribunales Penales Internacionales- Practica sentenciadora- Medición de la pena- Fin de la pena- Retribución- Prevención*

1. El presente aporte sintetiza los aspectos más relevantes que abordo en mi trabajo titulado "La Pena, su fin y su medición en el Derecho Penal Internacional", tesis de maestría en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid (2019).
2. Abogado litigante en el Estudio TorresCobo. Máster por la Universidad Carlos III de Madrid.

Parte I: Determinación de la pena en el Derecho Penal Internacional

1. Las Penas en los Tribunales Penales Internacionales de Núremberg y Tokio

El 08 de agosto de 1945, a través de la "Declaración de Londres", Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia y la Unión Soviética crearon el Tribunal Militar Internacional de Núremberg para el enjuiciamiento de los veintidós principales altos mandos de la Alemania Nazi. De los procesados, doce fueron sentenciados a pena de muerte, tres sentenciados a prisión permanente, cuatro sentenciados a penas de prisión de hasta veinte años, y tres fueron absueltos.

Posteriormente, el 19 de enero de 1946, el Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas, General Duglas McArthur, estableció el Tribunal Militar Internacional de Tokio, que se encargó del enjuiciamiento de los veinticinco principales estrategas japoneses. De los procesados, siete fueron sentenciados a pena de muerte, dieciséis sentenciados a cadena perpetua, y dos sentenciados a pena privativa de libertad de siete y veinte años respectivamente[3].

La redacción de los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales tenían una formulación laxa en cuanto a la determinación del tipo de pena y su duración, dado que los juzgadores estaban facultados a imponer "la pena de muerte, o la que [el Tribunal] estime conveniente y justa"[4].

3. Ambos, K. (2013). *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and general part.* Oxford: Oxford University Press. pp. 5-6.

4. Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. (1945). Artículo. 27; Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio Artículo 16.

Esta redacción otorgaba a los juzgadores facultades amplísimas en el ejercicio de determinación de las penas. No solo se habilitaba una discrecionalidad ilimitada para escoger el tipo de pena (pena de muerte o prisión), sino que además, en el caso de penas de prisión no existía certeza alguna del *quantum* sancionatorio, es decir, de los límites mínimos y máximos de duración de la pena. Esta situación es criticable a la luz del principio de legalidad de las penas en su vertiente *lex certa*[5].

La ausencia de criterios para la determinación del tipo de pena y la determinación de la duración de la pena de prisión, explica la falta de uniformidad y armonía entre las penas impuestas por cada uno de estos Tribunales. En esencia, las condenas del Tribunal Militar Internacional de Núremberg son manifiestamente más severas que las condenas impuestas por el Tribunal Militar Internacional de Tokio.

2. Las penas en los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*

El Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda se encargaron del enjuiciamiento de los responsables de los crímenes internacionales suscitados en territorios de la ex Yugoslavia (1991-1995) y Ruanda (1994) respectivamente.

A diferencia de los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales, los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* únicamente previeron como pena imponible la pena de prisión, lo que eliminó la posibilidad de imponer la pena de muerte a los

5. Paul Johann Anselm von Feuerbach (1776-1833) es el autor la máxima referente al principio de legalidad *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege: praevia, scripta, stricta, certa.*
Ver Von Feuerbach, P. (1989). *Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania.* Trad.: Zaffaroni, E., y Hagemaier, I. Buenos Aires: Hammurabi. p. 63.

condenados. Sin embargo, los Estatutos no especificaron marcos sancionatorios mínimos y máximos para determinar la pena de prisión. Para orientar al juzgador en la imposición de la duración específica de la pena, los Estatutos, art.23 y 24 respectivamente, prevén que se debe valorar criterios tales como: gravedad del crimen, circunstancias personales del condenado, circunstancias agravantes y atenuantes, y la práctica sentenciadora de los tribunales nacionales[6].

Estos criterios son esencialmente subjetivos y meramente orientativos, por lo que no constituyen una verdadera limitación al amplísimo margen discrecional en la práctica sentenciadora. La frecuente falta de acuerdo por las Salas de los Tribunales en la valoración y aplicación de los criterios antes mencionados, se tradujo en un desarrollo incoherente de la determinación del *quantum* sancionatorio en la jurisprudencia de los Tribunales Penales *ad hoc*[7].

En síntesis, el régimen jurídico de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* otorga una facultad discrecional excesivamente amplia a los juzgadores a la hora de determinar el *quantum* sancionatorio. Esta situación constituye una vulneración al principio de seguridad jurídica, impide que exista una verdadera garantía de certeza *(lex certa)* en la formulación que el principio de legalidad exige, y abrió las puertas a la arbitrariedad e incoherencia en la práctica sentenciadora de los Tribunales[8].

6. La remisión del Tribunal a la práctica sentenciadora local de la ex Yugoslaviala para determinar la duración de la pena de prisión resulta especialmente conflictiva. El Estatuto posibilita la imposición de una pena de prisión perpetua, la cual no estaba prevista en el ordenamiento jurídico nacional de la ex Yugoslavia. Para justificar el apartamiento de la práctica local e imponer penas a perpetuidad, el Tribunal ha mencionado que la práctica sentenciadora nacional de la ex Yugoslavia no es vinculante, sino meramente orientativa. Ver ICTY. *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landzo,* AC, Judgment, (No. IT-96-21-A), 20.02.2001, para. 817.

7. Mountoliu, A., Chinchón Álvarez, J., Garrocho Salcedo, A.M., Gil Gil, A., Liñán Lafuente, A., Maculan, E., Ollé Sesé., M. (2016). *Derecho Penal Internacional*. Madrid: Dykinson. p. 381.

8. La sentencia de apelación en el caso seguido a *Radovan Karadžić,* ex Presidente de la República Serbia de Bosnia y Herzegovina en el año 1992, reconoce el problema de inco-

3. *Las Penas en la Corte Penal Internacional*

La Corte Penal Internacional, en funcionamiento desde el año 2002, constituye la primera entidad permanente de enjuiciamiento de crímenes internacionales. El Estatuto de la Corte formula un sistema de penas más detallado respecto de los Estatutos de los Tribunales analizados con anterioridad.

El art. 77 del Estatuto, establece diferentes tipos de penas aplicables. Las condenas impuesta por la Corte siempre consistirán de una pena principal, que es la privación de libertad temporal o perpetua, y podrá ir acompañada de penas accesorias, que son la multa y el decomiso.

3.1 Penas privativas de libertad

La pena de prisión temporal, tiene un margen de aplicación máximo de 30 años pero no un mínimo. Los criterios que debe observar el juzgador a la hora de imponer la pena son: gravedad del crimen, las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, la cantidad de víctimas afectadas, la cooperación con la Corte, entre otros[9]. Como he advertido con anterioridad, estos criterios son fundamentalmente subjetivos por lo que la discrecionalidad judicial realmente no encuentra límites a la hora de determinar el *quantum* de la pena.

Adicionalmente, el Estatuto otorga al juzgador la facultad de imponer una pena privativa de libertad perpetua. Esta pena procede siempre que las circunstancias del crimen sean califica-

---

herencia en las decisiones del Tribunal Penal *ad hoc* para la ex Yugoslavia e intenta mitigarla. Afirmó que la Sala de Primera Instancia abusó de su poder discrecional y no tomo en cuenta que la duración de las penas de quienes participen en casos conexos deben sancionarse uniformemente.
Ver IRMCT. *Prosecutor v. Radovan Karadžić,* AC, Judgment, (No. MICT-13-55-A), 20.03.2019, para. 761-770.

9. Reglas de Procedimiento y Prueba. (2000). Artículo 145.

das como de "extrema gravedad"[10]. Llama la atención la existencia de esta disposición pues todos los crímenes tipificados en el Estatuto pueden ostentar dicha calificación, aunque bien es cierto que las modalidades delictivas de uno u otro pueden ser más o menos lesivas.

En este sentido, el criterio "extrema gravedad del crimen" es el que sirve de base para la imposición de una pena privativa de libertad perpetua. El problema radica en que dicho criterio es un concepto jurídico indeterminado. Por lo tanto, el concepto diferenciador que distingue la pena de prisión a tiempo definido de la pena de prisión a perpetuidad, se califica esencialmente por la valoración intrínseca del juzgador.

Por esto, la redacción del Estatuto de la Corte Penal Internacional tampoco constituye una verdadera garantía del principio de legalidad de las penas en su vertiente *lex certa*. En el fondo, la duración de la pena de prisión es determinada por criterios orientativos meramente subjetivos que no limitan los poderes discrecionales de los juzgadores.

3.1.1 Ejecución de la pena a perpetuidad

La pena de prisión permanente puede ser revisada una vez que se han cumplido 25 años de ejecución para valorar una potencial libertad anticipada. De conformidad con el artículo 110 del Estatuto y la Regla 223, el examen de reducción de pena, realizado por la Corte, está supeditado a circunstancias tales como: las posibilidades de reinserción social exitosa del condenado y el impacto social que la libertad anticipada generaría.

10. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (1998). Artículo 77. 1

Los requisitos previstos para la revisión de la condena resultan poco favorables para el condenado. Por un lado, tras 25 años de reclusión las posibilidades de reinserción social son mínimas, tomando en cuenta el efecto desocializador de las penas de larga duración (pérdida de vínculos sociales, laborales, familiares).

Por otro lado, el requisito de no causar una gran inestabilidad social como efecto de la liberación anticipada, parece ser insuperable, debido a la entidad lesiva de los crímenes que son enjuiciados en esta materia y la conmoción socio-política que por naturaleza generan.

Hasta la fecha no han existido condenas a perpetuidad por parte de la Corte Penal Internacional, por lo que los problemas relacionados al examen de reducción de penas perpetuas todavía no tienen precedentes jurisprudenciales por parte de la Corte[11]. Sin embargo, sí se puede anticipar que el régimen de revisión de pena de la Corte Penal Internacional parece ser un obstáculo para el condenado y no una verdadera garantía de reinserción.

3.2 Penas de multa y decomiso

Puesto que no se había formulado con anterioridad penas accesorias, la inclusión de la multa y el decomiso en el Estatuto constituye un avance teórico importante. Las mismas buscan que más allá de la privación de libertad, el condenado no se beneficie económicamente de la actividad delictiva y provea los fondos necesarios para la reparación de las víctimas.

11. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, área del derecho interrelacionada con el Derecho Penal Internacional, sí se ha profundizado sobre las condenas a perpetuidad y su relación con el el examen de reducción de condena.
Ver TEDH. *Vinter and Others v. United Kingdom.*(66069/09, 130/10, 3896/10), Judgment, 09.07.2013; y, TEDH. *Kafkaris v. Cyprus.*(*21906/04),* Judgment,12.02.2008.

Sin embargo, hasta la fecha no se ha impuesto penas accesorias. En el caso *Lubanga*, la Corte determinó que resultaba inapropiado imponer una multa dada la situación financiera del condenado, y en relación al decomiso de bienes, la Corte no encontró bienes que pudieran ser sometidos a dicho régimen[12]. En el caso *Katanga*, la Corte no impuso estas penas puesto que carecía de información suficiente sobre la situación financiera del condenado y la existencia de bienes producto del ilícito[13]. Por último, en los casos *Al Mahdi*[14] y *Bemba Gombo* (primera instancia)[15], la Corte no impuso estas penas debido a que las partes no las solicitaron.

Esta situación invita a reflexionar sobre la eficacia de las penas de multa y decomiso. Es trabajo de la Corte y las partes procesales, a futuro, garantizar que las mismas tengan una aplicación real, puesto que de nada sirve que se consagren avances normativos que en la práctica no cumplan su función.

Parte II: Fin de la Pena en el Derecho Penal Internacional

1. Fines clásicos de la pena

Antes de entrar a examinar las diferentes perspectivas del fin de la pena a la luz del Derecho Penal Internacional, es indis-

12. ICC. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, TC I, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, (No. ICC-01/04-01/06), 10.07.2012. para. 105-106.

13. ICC. *Prosecutor v. Germain Katanga*. TC II, Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute, (No. ICC-01/04-01/07), 23.05.2014. para. 169.

14. ICC. *Prosecutor v. Al Mahdi*, TC VIII, Judgment and Sentence, (No.ICC-01/12-01/15), 27.09.2016. para. 110.

15. ICC. *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo,* TC III, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, (No. ICC-01/05-01/08), 21.06.2016. para. 95.

pensable repasar, en términos generales, las diferentes teorías clásicas del fin de la pena. La doctrina ha construido dos teorías diferentes.

Primero, la teoría del fin retributivo de la pena, se enfoca en responder a la pregunta ¿por qué se impone una pena? Nótese que esta teoría no busca crear beneficios a futuro, ni para el condenado ni para la sociedad, sino que esencialmente busca legitimar la imposición de un castigo por el delito cometido. Se impone una pena porque es la forma idónea de compensar el daño que se ha ocasionado. Adicionalmente, la teoría moderna de la retribución ha establecido que debe existir una relación de proporcionalidad entre la pena impuesta y la gravedad del crimen que se ha cometido.

Segundo, la teoría del fin preventivo de la pena, parte de una visión utilitarista del castigo. La misma pretende que la pena sirva para prevenir que en el futuro no se cometan actos delictivos. Esta teoría tiene dos clasificaciones principales: general y especial. La prevención general está dirigida a la sociedad en su conjunto, y la prevención especial está dirigida específicamente al condenado. A su vez, cada una de estas dos categorías se subdivide en dos clasificaciones más: negativa y positiva.

En este sentido, la prevención general positiva, consiste en inculcar a la sociedad respeto por la norma penal (conciencia social de la vigencia, validez y eficacia del ordenamiento jurídico); mientras que la prevención general negativa, consiste en disuadir e intimidar a través de la pena a la sociedad para que las personas se abstengan de cometer delitos.

Por otro lado, la prevención especial positiva, consiste en rehabilitar y reeducar al condenado, para que una vez que se reinserte en la sociedad no vuelva a delinquir; mientras que la

prevención especial negativa implica la erradicación social temporal o permanente del individuo para evitar que continúe delinquiendo[16].

2. Aplicabilidad de los fines clasicos de la pena en el Derecho Penal Internacional

A continuación, sostendré la problemática de aplicar los fines clásicos de la pena en el contexto de crímenes internacionales[17].

Primero, la retribución, entendida como sanción proporcional por el daño ocasionado, resulta de difícil aplicación en el marco de crímenes internacionales. Dada la escala y magnitud de estos delitos, es difícil creer que las penas de prisión, por más severas que puedan llegar a ser, realmente sean proporcionales al daño que las conductas criminales han causado[18].

Segundo, en el contexto de la función preventiva de la pena, también surgen dudas de su aplicabilidad en el plano del Derecho Penal Internacional.

La prevención general negativa enfrenta la realidad de que los crímenes internaciones se cometen en medio de conflictos sociales, políticos, religiosos y culturales complejos. Consecuentemente, no hay garantía de que la coacción de la norma penal resulte intimidatoria para alguien que actúa por

16. Para un análisis detallado de las diferentes teorías de la pena, ver Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General.* Barcelona: Editorial Reppertor. pp. 84-98

17. Para mejor comprendimiento de los crímenes internacionales ver Cryer, R., Robinson, D., Vasiliev S. (2019). *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press. pp. 205-317.

18. En el conflicto de la ex Yugoslavia (1991-1995), se registran más de 500,000 víctimas producto las políticas de limpieza étnica. En el genocidio de Ruanda (1994) se registran al menos 700,000 víctimas. En el conflicto de Camboya (1975-1979), el número de asesinatos asciende 1,500,0000.

convicciones ideológicas dentro de un conflicto estructural de violencia colectiva[19].

Adicionalmente, la experiencia demuestra que la persecución penal hacia los autores de crímenes internacionales del pasado, no ha disuadido en la comisión de crímenes internacionales en el futuro. Por ejemplo, las sanciones impuestas por los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio, no tuvieron un efecto disuasivo a la luz de futuros conflictos, tales como los crímenes internacionales perpetrados en la ex Yugoslavia, Ruanda, Camboya, entre otros[20].

En cuanto a la prevención especial positiva (reinserción social del condenado), hay que tomar en cuenta que las penas de larga duración, típicamente impuestas en el contexto de crímenes internacionales, generan un efecto desocializador en la personalidad del condenado. La pérdida de arraigo social, laboral, familiar por periodos prolongados de tiempo no favorece a que el condenado pueda reinsertarse a la sociedad con éxito una vez cumplida su condena.

Lo ideal sería, que el condenado se someta a un régimen de cumplimiento de condena que garantice su futura reinserción, lamentablemente, en la práctica, los centros penitenciarios están lejos de garantizar condiciones de cumplimiento de condenas encaminados a este fin[21].

19. Damaska, M. (2007). What Is the Point of International Criminal Justice? *Chicago-Kent Law Review.* 83(15), 329-365.

20. Eiroa, P. (2009). *Políticas del castigo y derecho internacional.*Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.pp.166-169.

21. Para examinar la realidad penitenciaria en Europa, que se encuentra lejos de garantizar condiciones de reinserción favorables para el condenado, vease Rodriguez, C. (2017). Los estándares internacionales sobre la cadena perpetua del comité europeo para la prevención de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* 3 (17). pp. 225-27

Adicionalmente, es indispensable que exista un proceso pacificación de la sociedad donde ha surgido el conflicto. De nada serviría que un condenado, tras completar su condena de prisión, se reinserte en una sociedad donde perduren los mismos problemas estructurales que lo llevaron a delinquir en primer momento. Por esta razón, para una verdadera superación del conflicto es indispensable trabajar en una rehabilitación individual y colectiva[22].

3. Fin de la pena en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales

Tanto los Estatutos como la jurisprudencia de los Tribunales Militares Internacionales guardan silencio en relación al fin de la pena. Del análisis de las sanciones impuestas por los Tribunales, principalmente penas de prisión a perpetuidad y penas de muerte, se puede deducir que los Tribunales tomaron como guía los fines clásicos de la pena: retribución, prevención general negativa, prevención general positiva, prevención especial negativa. Sin embargo, no existe ninguna referencia al fin rehabilitador de la pena, por lo que la prevención especial positiva no puede ser valorada como un fin perseguido por las condenas impuestas por los Tribunales Militares Internacionales.

Los Estatutos de los Tribunales Penales *ad hoc* y el Estatuto de la Corte Penal Internacional tampoco hacen mención al fin de la pena. Sin embargo, la jurisprudencia de estos organismos sí aborda este aspecto. En síntesis, los criterios jurisprudenciales establecen que el fin retributivo y el fin preventivo general negativo de la pena ocupan un rol principal en el Derecho Penal Internacional. En relación al fin rehabilitador, la jurispru-

22. Eiroa, P. (2009). *Políticas del castigo y derecho internacional.* Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc. pp.193-197.

dencia reconoce que es un fin que debe perseguir la pena, sin embargo, lo considera un fin secundario[23].

No estoy de acuerdo con el rol secundario que se ha otorgado al fin resocializador de la pena por la jurisprudencia de dichos organismos. Hay que distinguir que al momento judicial de emitir una condena se mira esencialmente al fin retributivo y preventivo general negativo, pero una vez empezada la etapa de ejecución de la pena, el fin preventivo especial positivo se torna primordial[24]. Hay que recordar que en última instancia lo que se busca es que el condenado, una vez que ha cumplido su pena, esté en capacidad de reinsertarse a la sociedad sin volver a delinquir.

Conclusión

1. Sobre la determinación de la pena en el Derecho Penal Internacional

Tomando como punto de Partida la practica sancionatoria de los Tribunales Militares Internacionales, pasando por los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, y aterrizando en la Corte Penal Internacional, existe una evolución del sistema de penas importante. Se ha pretendido detallar cada vez más el funcionamiento del régimen de penas en el Derecho Penal Internacional. Sin embargo, no se ha logrado corregir el problema de fondo, la amplísima facultad discrecional de los juzgadores a la hora de individualizar la sanción.

23. Ver CTY. *Prosecutor v. Delalic et.al.,* TC, Sentencing, (No. IT-96-21-T), 16.11.1998, para. 1231-132; ICTR. *Prosecutor v. Kambanda*, TC I, Judgment and Sentence, (No. ICTR 97-23-S), 04.09.1998. para. 28; ICC. *Prosecutor v. Germain Katanga*. TC II, Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute, (No. ICC-01/04-01/07), 23.05.2014. para. 36-38.

24.

En síntesis, la medición de la pena en el Derecho Penal Internacional se caracteriza por la práctica generalizada de flexibilización del principio de legalidad de las penas en su vertiente *lex certa*[25]. Los diferentes Estatutos fueron elaborados para otorgar facultades amplísimas a los juzgadores a la hora de determinar el *quantum* sancionatorio. Esta situación ha generado que exista un desarrollo incoherente y sin uniformidad en la jurisprudencia de los diferentes Tribunales Penales Internacionales.

A futuro, seria idóneo que el régimen de determinación de la pena de la Corte Penal Internacional, en su calidad de órgano permanente de enjuiciamiento de crímenes internacionales, prevea marcos sancionatorios con límites mínimos y máximos para cada tipo penal y sus diferentes modalidades comisivas. De tal manera que las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y el grado de participación del condenado, aumenten o disminuyan la sanción a partir de una tarifa base que se conozca con certeza. Desde luego, para que esta innovación se implemente, se requiere el acuerdo de los diferentes Estados que han ratificado la competencia de la Corte, situación que implica un verdadero reto.

2. Sobre el fin de la pena en el Derecho Penal Internacional

Los fines clásicos de la pena enfrentan retos para cumplir sus funciones a la luz del derecho penal internacional, pues la entidad de los crímenes enjuiciados y los contextos sociales, políticos e históricos en los que ocurren, dificultan que cumplan con las funciones que persiguen.

25. Ambos, K. (2013). *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The crimes and sentencing.* Oxford: Oxford University Press. pp. 277-288.

La jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* ha profundizado sobre el fin de la pena en el Derecho Penal Internacional, estableciendo que el fin retributivo de la pena y el fin disuasivo son los principales, mientras que el fin resocializador de la pena debe ocupar un rol secundario. Esta situación desconoce la importancia del fin resocializador de la pena, especialmente en contextos de violencia social colectiva, e invita a reflexionar sobre la necesidad de que a futuro, la jurisprudencia en Derecho Penal Internacional ubique a la prevención especial positiva en un plano de igualdad frente a los otros fines.

Bibliografía

Ambos, K. (2013). *Treatise on International Criminal Law. Volume I-II.* Oxford: Oxford University Press.

Beltran Mountoliu, A., Chinchón Álvarez, J., Garrocho Salcedo, A.M., Gil Gil, A., Liñán Lafuente, A., Maculan, E., Ollé Sesé, M. (2019). *Derecho Penal Internacional*. Madrid: Dykinson.

D´Ascoli, S. (2011). Sentencing in international criminal law. Oxford: Hart Publishing.

Eiroa, P. (2009). *Políticas del castigo y derecho internacional.* Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

Holá, B. (2014). Consistency and Pluralism of International Sentencing: An empirical assessment of the ICTY and ICTR practice. En *Pluralism in International Criminal Law*. (187-206). New York: Oxford Press.

Maculan, E. (2017). Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición. En *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva* (207-238). Madrid: Dykinson.

Marchesi, D. (2018). Imprisonment for Life at the International Criminal Court. *Utrecht Law Review*. 14 (1). pp. 97-115.

Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General.* Barcelona: Editorial Reppertor.

EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL USO DEL CORREO ELECTRÓNICO[1]

Daniela Vásconez Almeida[2]

Resumen

En el ámbito de las relaciones laborales, el correo electrónico es una herramienta informática que se pone a disposición del trabajador por la parte empleadora con la finalidad de coadyuvar al cumplimiento de la prestación laboral. En este sentido, su uso está sujeto al control empresarial en virtud del derecho a la libertad de empresa. Es así que los derechos de ambas partes de la relación laboral se encuentran en colisión y se hace necesaria una respuesta normativa y judicial que regule los límites a los que están sujetos dichos derechos. Consecuentemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha regulado esta materia a través de sus pronunciamientos jurisprudenciales en los cuales se pone de manifiesto los criterios convergentes que existen respecto de este problema jurídico.

Palabras clave: *Derechos fundamentales; Libertad de empresa; Correo electrónico.*

Abreviaturas: *TEDH* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)

1. El presente trabajo representa un estracto de los aspectos más relevantes abordados en mi trabajo de fin de máster en Asesoramiento y Consultoría Jurídico-Laboral por la Universidad Carlos III de Madrid (2020), titulado "El control empresarial sobre el correo electrónico del trabajador".
2. Abogada, Máster por la Universidad Carlos III de Madrid.

I. La colisión de derechos

La libertad de empresa nace mediante la celebración del contrato de trabajo y encuentra su fundamento en el mismo ya que la relación laboral se fundamenta en lo pactado por las partes. En este sentido, con la finalidad de que el trabajador dé cumplimiento a las obligaciones contractuales, el empleador pone a su disposición la herramienta informática del correo electrónico. Las características fundamentales de esta herramienta son, en primer lugar, que la propiedad pertenece a la empresa y, en segundo lugar, que el trabajador debe darle el uso que dé cumplimiento a la finalidad para la cual se ha puesto a su disposición.

La posibilidad de que el trabajador haga uso indebido de la herramienta informática genera la necesidad y el legítimo interés del empleador de ejercer su poder de control debido a las consecuencias negativas que puede generar. Este derecho viene dado por la libertad de empresa reconocida para la parte empleadora de la relación laboral. En este sentido, la posición de subordinación en la que se encuentra el trabajador y la facultad del empleador de controlar, al ser características de la relación laboral, permiten que el correo electrónico esté sujeto al control empresarial. Sin embargo, como se profundizará más adelante, la jurisprudencia del TEDH ha establecido que el ejercicio de la facultad de control no es ilimitado.

El lineamiento seguido por el TEDH tiene como punto de partida el criterio de que la libertad de empresa es un derecho constitucional, reconocido en cada estado miembro de la Unión Europea, y, por tanto, la efectividad del mismo debe ser compatible con el cuadro de límites recíprocos que puedan surgir con los derechos fundamentales de los trabajadores. Es decir

que el empleador, al ejercer su facultad de control, está ejerciendo un derecho constitucional y, por lo tanto, la colisión que pueda surgir entre este y los derechos fundamentales del trabajador debe respetar los límites de cada uno.

Surgen, de esta manera, cuestionamientos relacionados con el alcance del poder de control del empleador y su colisión con los derechos fundamentales de los trabajadores. En este punto se hace preciso sentar la base de que el ejercicio de la facultad de control no debe ser considerado per se vulneratorio de los derechos fundamentales del trabajador ya que se encuentra permitido por la ley, sin embargo, hace falta una regulación legal concreta que delimite esta facultad empresarial.

En relación con esto, se ha establecido jurisprudencialmente que si bien los derechos del trabajador deben adaptarse a los requerimientos e intereses empresariales y a las obligaciones y funciones asumidas mediante el contrato de trabajo, las limitaciones que pueden suscitarse respecto de los derechos fundamentales de los trabajadores deben derivar no solo del interés empresarial, sino que las exigencias organizativas deben venir especialmente cualificadas por razones de necesidad, siendo preciso acreditar que la restricción del derecho del trabajador es el único medio razonable para el logro del legítimo interés empresarial.

Los derechos fundamentales son intrínsecos a los individuos y, como tal, a los trabajadores. El contrato de trabajo no puede considerarse como un título que legitime al empleador a limitar los derechos fundamentales del trabajador sin cumplir con los criterios necesarios. Por el contrario, el reconocimiento de los derechos fundamentales en las relaciones laborales genera que estos sean un límite a la facultad de control arbitrario

por parte del empleador[3]. La existencia de una relación laboral implica que los empleadores tienen el deber correlativo de salvaguardar los derechos de los trabajadores ya que el nexo jurídico que se crea entre las partes genera el reconocimiento de los derechos y protección de los trabajadores.

En principio, estos derechos se ejercen plenamente frente a cualquier situación en la que el bien jurídico requiera de protección. Sin embargo, existen ocasiones en las que el pleno ejercicio de los derechos fundamentales se ve restringido o limitado por su colisión con otros bienes jurídicos que requieren protección[4]. Es por esta razón que ha sido necesario un desarrollo jurisprudencial para establecer los parámetros a tomar en cuenta para fijar dichos límites.

Al momento de ponderar la prevalencia de un derecho sobre otro, se hace necesario que la solución a la colisión se busque de manera casuística ya que cada situación presenta diferentes y puntuales características en comparación con otras[5]. Sin embargo, se hace preciso señalar y tener presente que la solución que determine el límite del derecho fundamental, en su colisión con otro, frente a una determinada situación, no determinará la prioridad absoluta de uno de los derechos.

Se hace necesario entonces la creación de fórmulas jurídicas que concilien las exigencias del respecto a los derechos de los trabajadores, a la dignidad humana y a la libertad de empresa[6]. Estas colisiones, por lo tanto, deben ser resueltas en base a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionali-

3. Sáez, C. (2017). Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones. *Dialnet.* p. 221.

4. Diez-Picazo, L. (2013*)*. Sistema de derechos fundamentales. 4ta edición. *Civitas.*

5. Ibídem.

6. Sepúlveda, M. (2013). Los Derechos Fundamentales Inespecíficos a la Intimidad y al Secreto de las Comunicaciones y el Uso del Correo Electrónico en la Relación Laboral. Límites y Contra Límites. *Temas laborales, núm 122/2013.* p. 160.

dad[7]. Esto de conformidad con el principio de proporcionalidad que busca resolver colisiones de derechos sin jerarquizarlos, prejuzgar su nivel de legitimidad o establecer prohibiciones absolutas[8]. Así, los criterios del principio de proporcionalidad permiten a los órganos judiciales resolver los conflictos de manera casuística sin prejuzgar casos futuros, a pesar de que la colisión se produzca entre los mismos derechos[9].

Ahora bien, en este punto cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿cuáles son los derechos que pueden verse limitados por el ejercicio del poder de control sobre el correo electrónico de los trabajadores? La respuesta a esta interrogante se encuentra plasmada en el desarrollo jurisprudencial del TEDH dictado en los casos elevados a su conocimiento en los cuales se analiza la legitimidad de la medida de control empresarial sobre el correo electrónico. En este sentido, el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales.

A nivel comunitario, la normativa que protege estos derechos de los trabajadores es la del artículo 8 del Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Este artículo establece que *"toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia"*. Las características de la herramienta informática hacen necesaria la creación de una cuenta para su uso, en la cual se registran los datos del trabajador. Además, el contenido de las comunicaciones que se efectúan por medio del correo electrónico puede pertenecer a la esfera reservada del trabajador.

7. Ibídem.
8. Roca, E., Ahumada, M. (2013). Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española. *XV Conferencia Trilateral 24-27 de octubre 2013*. p. 2.
9. Ibídem. p. 3.

En este sentido, por un lado, los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones pueden verse vulnerados al controlar el correo electrónico del trabajador ya que, al hacerlo sin las limitaciones y precisiones que los derechos fundamentales requieren, se accedería a aquel ámbito de la vida del trabajador que este ha delimitado como parte de su esfera reservada. Es decir que se vulneraría la intimidad del trabajador. Asimismo, en principio está garantizado constitucionalmente el carácter de secreto del proceso de comunicación realizado a través del correo electrónico por lo que la intervención en el mismo sin una tutela efectiva de los derechos sería vulneratorio respecto del trabajador.

Por otro lado, en el contenido de los correos electrónicos, así como en la cuenta de este, se contienen datos personales del trabajador. Estos datos, a pesar de no pertenecer necesariamente a la esfera reservada de la persona, constituyen información personal, por lo que su acceso, conocimiento y tratamiento debe estar debidamente tutelado y regulado. En este sentido, los datos personales del trabajador, tales como nombre y edad, se encuentran expuestos al conocimiento del empleador cuando éste efectúa control sobre el correo electrónico y, por lo tanto, debe limitarse el acceso, el alcance del control y el uso que se puede dar a la información recabada.

Por un lado, respecto del derecho a la intimidad, la jurisprudencia y la doctrina han establecido que el contenido del espacio de la intimidad no es relevante para su ejercicio. Es decir que es un derecho que cuyo ejercicio es pleno y total en cualquier ámbito de la vida de las personas. Es decir que el derecho puede ser ejercido en todo espacio de relación social. Esto implica que el derecho es plenamente eficaz en el ámbito de las relaciones laborales independientemente de que el contenido del espacio trate cuestiones laborales.

Por otro lado, la protección que se le da a las comunicaciones cubre tanto el contenido de la comunicación como otros aspectos de esta; por ejemplo, la identidad subjetiva de los intervinientes. Sin embargo, se hace preciso añadir que la protección del derecho alcanza el proceso de comunicación en sí mismo y únicamente como tal; es decir que no alcanza la protección hacia lo recibido a través de esa comunicación ya que esto se protege por otros derechos, como lo es el derecho a la intimidad. Tomando en consideración la cantidad de información que se almacena en una cuenta de correo electrónico, resulta axiomático que la normativa proteja al correo electrónico como medio de comunicación y que, además, incluya en esta protección los aspectos externos a la comunicación.

Ahora bien, el carácter de secreto se excluye respecto de los sistemas de comunicación que se realicen a través de formas de envío que se encuentren configuradas como una comunicación abierta; por ejemplo, cuando existe legalmente la obligación de una declaración de contenido. En el ámbito de las relaciones laborales y el correo electrónico, esto ocurre cuando el empleador ha prohibido el uso del mismo para fines personales, o bien cuando el uso del ordenador sea común para todos los trabajadores.

Por último, respecto del derecho a la protección de datos personales este es más amplio que el derecho a la intimidad. Esto se debe a que la garantía se extiende más allá de la esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada y que están unidos al respeto de la dignidad personal. Es decir que se amplía la protección a los datos que resultan relevantes o que incidan en el ejercicio de cualquiera de los derechos de la persona, tenga o no relación con la intimidad.

Por lo tanto, la diferencia radica en que los datos personales protegidos por el derecho a la protección de datos no tienen

que ser necesariamente privados ni, por tanto, pertenecer a la esfera íntima de la persona; por el contrario, pueden ser datos públicos y es por ello que se protege el acceso de terceros a los mismos garantizando al titular el poder de disposición sus datos. Así, el derecho a la protección de datos comprende la autodeterminación informativa que se traduce en el derecho a la libertad informática de controlar los datos personales y la facultad de oponerse a que los mismos sean utilizados para fines distintos a aquel legítimo que justificó su obtención.

La colisión que surge entre los derechos de las partes de la relación laboral hace necesario que los órganos judiciales busquen preservar el equilibrio y de ese modo potenciar la capacidad del ordenamiento jurídico de responder a los interrogantes que se plantean respecto de la facultad de control y los límites del uso extralaboral del correo electrónico. En este sentido, se ha dejado la tarea de regulación en la materia a la jurisprudencia, en la cual se analiza en cada caso concreto la legitimidad de las medidas empresariales con fundamento en las normas de cada Estado y en el marco normativo internacional y comunitario[10].

La judicialización de los conflictos surgidos en el marco de esta colisión de derechos ha sido elevada a rango comunitario e internacional. Esto se debe al compromiso adquirido por los Estados Miembros de la Unión Europea de tutelar, garantizar y proteger los derechos fundamentales de los trabajadores[11]. En el cumplimiento de dicho compromiso, el TEDH ha emitido pronunciamientos a partir de los cuales se ha desarrollado la doctrina general que sienta los principios para proceder a resolver los conflictos.

10. Cardona, M. (2003). Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas. *Dialnet.* p. 190.

11. Cuadros, M. (2017). La mensajería instantánea y la STEDH de 5 de septiembre de 2017. *Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 11/2017.*

II. Construcción jurisprudencial del TEDH

1. Caso Copland c. Reino Unido

La construcción jurisprudencial existente en el contexto del control efectuado por el empleador con el fin de conocer el uso que los trabajadores hacen del correo electrónico, encuentra su punto de partida, a nivel comunitario, en la sentencia dictada por el TEDH en fecha 03 de abril de 2007, en el asunto Copland c. Reino Unido. En el caso elevado al Tribunal, los antecedentes de hecho son que la empresa efectúa una vigilancia sobre las llamadas telefónicas, correo electrónico y uso de Internet de la demandante. Respecto del uso del correo electrónico, el control consistió en el análisis de los destinatarios de los mensajes y las horas en que se enviaban. Este control se efectúo por la sospecha de la empresa del uso para fines personales de las herramientas informáticas por parte de la empresa.

Es preciso señalar, además, que en el contexto temporal en que ocurrieron los hechos no existía ninguna regla acerca de la vigilancia de las llamadas telefónicas, correo electrónico y/o conexiones a Internet. Esta particularidad fue decisiva en el caso dado que el TEDH sentó el criterio jurisprudencial de que la inexistencia de política empresarial que prohiba el uso del correo electrónico para fines personales es suficiente para considerar que el trabajador cuenta con una expectativa razonable de intimidad y que las comunicaciones realizadas tienen carácter secreto.

En este sentido, el caso se resuelve a favor de la demandante, trabajadora que dio un uso indebido al correo electróni-

co puesto a disposición por la empresa. Es así que sienta el principio de que la expectativa de intimidad en el uso de una herramienta informática puede desaparecer, o limitarse, únicamente con la información previa establecida por la empresa y brindada al trabajador respecto del control del mismo.

Sin embargo, a pesar de que la sentencia declara la vulneración de los derechos de la trabajadora, se fundamenta en el principio de que es el empleador quien, a través de su facultad de establecer las políticas que rigen en la empresa, puede decidir si existe en los trabajadores la expectativa razonable de intimidad[12]. Esta interpretación le otorga una facultad ampliamente discrecional al empleador de regular los derechos de los trabajadores y, en consecuencia, es limitativo de los mismos al no establecer límites respecto de la legitimidad del control.

Este criterio que determina como ilegítima la medida de control empresarial, se sienta sin entrar a analizar el cumplimiento de los requisitos del juicio de proporcionalidad. Es por esto que se puede argumentar que la fundamentación jurídica de la sentencia en cuestión es poco garantista de los derechos fundamentales de los trabajadores, a pesar de ser función del TEDH tutelar los mismos[13]. En la misma, el Tribunal no entra a analizar, ni mencionar siquiera, el juicio de proporcionalidad que establece los requisitos para limitar derechos fundamentales.

La falta de mención a dichos requisitos da paso a conductas empresariales manifestadoras de la desigualdad existente en las relaciones laborales, en las cuales el trabajador se encuentra en posición de inferioridad. Pese a que un principio rector

12. Carrizosa, E. (2016). Despido y Derecho a la Intimidad Informática ¿Un Sistema de Garantías Pendiente de Construcción?. *Temas Laborales, núm. 132/2016.* p. 22.

13. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (Tribunal de Estrasburgo). Recuperado de https://www.derechoshumanos.net/tribunales/TribunalEuropeoDerechosHumanos-TEDH.htm

del Derecho Laboral es el *indubio pro-operario*, es decir que la interpretación de una norma debe realizarse a favor de la parte trabajadora en caso de oscuridad, la sentencia dictada en este caso realiza su fundamentación en función de criterios que pueden resultar desfavorables para los trabajadores.

2. Caso Barbulescu c. Rumania

El siguiente paso en esta construcción jurisprudencial se produce en septiembre del año 2017 en el que la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso Barbulescu contra Rumania. El supuesto de hecho radica en la decisión del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo que lo vinculaba al demandante, la cual se manifestó en un despido disciplinario, por haber utilizado la cuenta de correo electrónico de la empresa para fines privados, y la alegada falta de tutela de los derechos fundamentales del trabajador por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales y la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como se vio anteriormente, el criterio decisivo para el TEDH es la existencia de una política empresarial que prohiba el uso del correo electrónico para fines personales. Es por ello que en este caso particular se hace preciso señalar que en los hechos probados consta que la empresa envió un correo electrónico a todos los trabajadores advirtiéndoles sobre la decisión de vigilar el trabajo de los empleados y tomar las medidas pertinentes contra los trabajadores que incumplan la disposición de utilizar el tiempo de trabajo únicamente para cuestiones relacionadas con el mismo; sin embargo, se desconoce la fecha exacta en la que el demandante firmó dicho comunicado.

Respecto de la alegación del demandante de la falta de tutela de sus derechos por parte de la Sección Cuarta del

TEDH, es necesario analizar brevemente la fundamentación jurídica y el fallo de la sentencia emitida por la Sala. Esta motivación está en sintonía con la jurisprudencia sentada en el caso Copland c. Reino Unido dado que se considera legítimo el control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas que los trabajadores mantienen en el lugar de trabajo basado en la prohibición expresa del uso de las herramientas informáticas de la empresa para fines personales y la facultad general de control de la prestación laboral establecida en la ley. Esto motivó al voto particular dirigido a la sentencia por parte de uno de los jueces, quien discrepa de la fundamentación y el fallo de la misma por considerar necesaria la información previa y clara a los trabajadores.

Empero, dado que la sentencia dictada por la Sala del Tribunal no tiene carácter definitivo, posteriormente, y en virtud del artículo 43 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el caso fue remitido ante la Gran Sala la cual se pronunció sobre el asunto en la sentencia analizada dictada en el año 2017. En este caso, sí se entró a analizar y determinar los factores a tomar en cuenta por el empleador para que la medida de control sobre el correo electrónico sea legítima. Esto debido a que la parte empresarial no debe tener una capacidad ilimitada para controlar y vulnerar los derechos fundamentales del trabajador.

En este sentido, los factores sentados por el TEDH para brindar proporcionalidad son los siguientes:

Analizar si el trabajador ha sido informado de manera clara y con antelación respecto de las medidas de control tomadas por el empleador hacia su correspondencia, así como la naturaleza de tales medidas, es decir si se le ofrecieron al trabajador las garantías adecuadas. La información debe contener la finalidad de la medida de control, la utilización que se dará a la

información, las personas que tendrán acceso a la información recabada, la duración de la retención de la información, la copia de seguridad de los datos de inicio de sesión y el archivo de los mensajes electrónicos obtenidos[14].

Preguntarse si el empleador ha presentado argumentos legítimos para justificar el control de las comunicaciones y el acceso a su contenido. En relación con este posible móvil justificado por parte de la empresa, se hace necesaria la existencia de indicios fundados de un ilícito ya que el acceso a las comunicaciones del trabajador no debe ser realizado con fines meramente preventivos o disuasorios[15].

Analizar si el control ha sido necesario o si se podría alcanzar el objetivo del empleador sin tener acceso pleno y directo al contenido de las comunicaciones del trabajador.

Analizar cuál fue el alcance de la supervisión realizada por el empleador y el grado de intrusión en la vida privada del trabajador. En este sentido, debe hacerse una distinción entre el control del flujo de las comunicaciones y el de su contenido. Esto se debe a que, debido al principio de proporcionalidad, se debe extender el control a una parte de las comunicaciones, que será la cual sirva para alcanzar la finalidad legítima. Se debe analizar también si el control ha sido o no limitado en el tiempo y el número de personas que han tenido acceso a sus resultados.

Analizar si los resultados del control fueron utilizados para alcanzar el objetivo del empleador.

14. Goñi, J. (2018). La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia constitucional. *Trabajo y Derecho, núm. 40/2018.* p. 9.

15. Ibídem.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos marcó un cambio de paradigma respecto de las sentencias dictadas anteriormente por los tribunales españoles ya que en estas no se establecieron criterios tan rigurosos y extensos para valorar el control empresarial de los correos electrónicos del trabajador.

3. Conclusión

La sentencia dictada por la Gran Sala del TEDH en el asunto Barbulescu c. Rumania profundiza y amplía los criterios que venían siendo utilizados para resolver los casos en la materia. A ese respecto, establece que la expectativa razonable de intimidad del trabajador sobre el correo electrónico no se anula únicamente por la existencia de una política empresarial previa. Es decir que establece que, si bien la existencia de una expectativa razonable de intimidad es un factor importante que tomar en cuenta, este no es decisivo para resolver los casos. Esto denota una marcada diferencia respecto de las sentencias que habían sido dictadas por el mismo TEDH en las que se resolvió en función de la tolerancia empresarial.

En mi opinión, es posible pensar, de manera esperanzada, que los tribunales nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea resuelvan los casos en la materia que se eleve a su conocimiento en función de los criterios sentados en el asunto Barbulescu. Esto brindaría mayor tutela y protección a todos los derechos fundamentales y, además, mayor seguridad jurídica.

EL LEVANTAMIENTO DE LA INMUNIDAD PRESIDENCIAL Y VICEPRESIDENCIAL EN EL CONTEXTO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCION QUE SE DECLARA PALADINAMENTE EN LA NORMA NORMARUM

Dr. Vinicio Rosillo Abarca[1]

El Ecuador en su memoria histórica reciente ha sido testigo de gravísimas imputaciones por supuestos actos de corrupción presumiblemente perpetrados por funcionarios públicos de alto rango.

La justicia penal se ha pronunciado taimadamente endilgando conductas punibles como la asociación ilícita y la delincuencia organizada. Sin embargo, la lectura que nos deja esta experiencia tiene una cola que merece un enfoque multidisciplinario y en este marco ciertamente el puntal primario es el análisis desde la arista constitucional

El presente ensayo se direccionará hacia la determinación de dos presupuestos constitucionales que surgen en relación a este antecedente, el primero que se concreta en las INMUNIDADES que cobijan a estos funcionarios de alto nivel cuando en contra de ellos debe endilgarse una causa penal; y, el segundo debate se pragmatiza en la guerra contra la CORRUPCIÓN que se pregona en nuestra Carta Suprema, pero que como veremos, contiene serías debilidades de fondo que entorpecen su mismo loable propósito.

1. Abogado, Maestrante de Derecho Constitucional.

Las Inmunidades a nivel Constitucional

Las inmunidades son los privilegios que gozan funcionarios específicos para que sean sometidos a la ley penal previo cumplimiento de requisitos de procedibilidad o en otros casos excluyendo la posibilidad de que se les aplique la ley penal ecuatoriana. Se debe entender por procedibilidad en el ámbito penal aquel pronunciamiento, manifestación, decisión o autorización expresa que debe otorgar un funcionario distinto a los operadores penales de la causa que se requiera tal requisito.

En la República del Ecuador se consideran tres clases de inmunidades, de las que se comentará especialmente la inmunidad vicepresidencial pero someramente se referirán también las demás, que son:

- INMUNIDAD PRESIDENCIAL
- INMUNIDAD VICEPRESIDENCIAL
- INMUNIDAD PARLAMENTARIA
- INMUNIDAD DIPLOMATICA

1. Inmunidad Presidencial y Vicepresidencial

Es el privilegio del que gozan el Presidente de la República y el Vicepresidente de la República que para ser enjuiciados penalmente previamente se requiere la autorización de la Asamblea Nacional, con el plus de que los antedichos funcionarios de la Función Ejecutiva tienen fuero de Corte Nacional según lo previsto en el Art.192 del Código Orgánico de la Función Judicial; es decir, son funcionarios con doble prerrogativa cuando exista mérito para su encausamiento penal.

Al respecto la Constitución de la República dispone en lo conducente: Art. 120.- [Deberes y atribuciones de la Asamblea Nacional].- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley:

> …10. Autorizar con la votación de las dos terceras partes de sus integrantes, el enjuiciamiento penal de la Presidenta o Presidente o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, cuando la autoridad competente lo solicite fundadamente.

Considero que es incongruente a la naturaleza de un Estado democrático caracterizado por la división de funciones, hacer depender una decisión judicial de un pronunciamiento eminentemente político ya que se contraviene directamente el principio de independencia en este caso externa que se reconoce en el Art.168 de la Constitución de la República. Lo que significa que si un Presidente de la República o Vicepresidente de la República tiene asegurada la simpatía de las dos terceras partes de los legisladores de la Asamblea Nacional ya cuenta con un seguro blindaje para garantizar la impunidad aquí como un símil de inmunidad. Llama la atención que pese a la escasa trascendencia que la Carta Magna le reconoce al rol vicepresidencial que tiene una suerte de suplente que solo actúa en caso de ausencia del titular o con más funciones supeditadas a la confianza del primer mandatario, en relación a la inmunidad la misma Ley Suprema le da un tratamiento idéntico al que ostenta el Presidente de la República. Para el levantamiento de la inmunidad vicepresidencial que se analiza, lo clave es dilucidar el sentido y alcance de la inapropiada expresión enjuiciamiento penal que de manera poco técnica se utiliza constitucionalmente, para hacerlo debemos vincular la norma constitucional del artículo 120 número 10 relacionándola con la parte adjetiva del Código Orgánico Integral Penal contenida en el Libro II.

¿Cuando debemos considerar que existe un ENJUICIAMIENTO PENAL?

> PRIMERA POSTURA: Se puede interpretar que por la palabra ENJUICIAMIENTO puede asimilarse a estar ENJUICIO; siendo que, la tercera etapa del proceso penal es denominada JUICIO. Sobre la base de este fugaz razonamiento, se podría deducir que se requiere el levantamiento de la inmunidad vicepresidencial cuando el funcionario se encuentre en la etapa de juicio; vale decir, previo a la audiencia de juicio, momento procesal que legalmente esta a cargo del Tribunal de Garantías Penales y en el caso de fuero de Corte Nacional es de competencia por la Sala competente. SEGUNDA POSTURA: Cabe una segunda interpretación, un tanto más profunda a la que me adhiero, que considera la inmunidad del Presidente de la República y del Vicepresidente de la República, como un requisito de procedibilidad que corresponde a uno de los aspectos formales que se ventila exclusivamente en la segunda etapa del proceso penal ordinario denominada Etapa de Evaluación y Preparatoria de Juicio, presupuesto formal que se trata en la primera parte de la Audiencia Preparatoria de Juicio al tenor de lo prescrito en el Art. 604 del Código Orgánico Integral Penal.

En consecuencia, el levantamiento de la inmunidad vicepresidencial es un requisito de procedibilidad que se alegará en la audiencia preparatoria de juicio en la que se cuestionará todo lo que se hizo o se dejo de hacer en la precedente etapa de investigación procesal y preprocesal; y, especialmente, si se acató o no la norma constitucional al momento de realizarse una formulación de cargos o una vinculación a cargo del Fiscal General del Estado ante el juez del a Corte Nacional competente, pudiendo generarse inclusive la nulidad en caso de incumplimiento de la norma constitucional.

2. Inmunidad Parlamentaria

Es el privilegio que tienen los asambleísta quienes a más de gozar de Fuero de Corte Nacional, tienen inmunidad que supone como requisito de procedibilidad la autorización previa de la Asamblea Nacional, lo que se conoce como levantamiento de la inmunidad parlamentaria. Art. 128.- [Fuero].- Las asambleístas y los asambleístas gozarán de fuero de Corte Nacional de Justicia durante el ejercicio de sus funciones; no serán civil ni penalmente responsables por las opiniones que emitan, ni por las decisiones o actos que realicen en el ejercicio de sus funciones, dentro y fuera de la Asamblea Nacional.

Para iniciar causa penal en contra de una asambleísta o de un asambleísta se requerirá autorización previa de la Asamblea Nacional, excepto en los casos que no se encuentren relacionados con el ejercicio de sus funciones. Si la solicitud de la jueza o juez competente en la que pide la autorización para el enjuiciamiento no se contesta en el plazo de treinta días, se entenderá concedida. Durante los períodos de receso se suspenderá el decurso del plazo mencionado. Sólo se les podrá privar de libertad en caso de delito flagrante o sentencia ejecutoriada.

Las causas penales que se hayan iniciado con anterioridad a la posesión del cargo continuarán en trámite ante la jueza o juez que avocó el conocimiento de lacausa.

3. Inmunidad diplomática

La inmunidad diplomática impide que la ley penal tenga efecto en el ámbito personal respecto al Jefe de Estado o Diplomático o su comitiva, siendo una excepción a la regla de territorialidad antes estudiada. Para tal sentido, se deben obser-

var estrictamente los parámetros determinados en el número 4 inciso segundo del Art. 400 del Código Orgánico Integral Penal, que señala: Art. 400.- Ámbito de la potestad jurisdiccional.- Están sujetos a la jurisdicción penal del Ecuador:

> 4. Las y los ecuatorianos o las o los extranjeros que cometen infracciones contra el derecho internacional o los derechos previstos en convenios o tratados internacionales vigentes, siempre que no hayan sido juzgados en otro estado. Se exceptúan, con arreglo a las convenciones e instrumentos internacionales ratificados por la República del Ecuador, las o los Jefes de otros Estados que se encuentren en el país, las y los representantes diplomáticos acreditados y residentes en el territorio ecuatoriano y las o los representantes diplomáticos de otros estados, transeúntes que pasen ocasionalmente por el territorio. Esta excepción se extiende a la o al cónyuge, hijas, hijos, empleadas o empleados extranjeros y demás comitiva de la o el jefe de estado o de cada representante diplomático, siempre que oficialmente pongan en conocimiento del Ministerio encargado de las relaciones exteriores, la nómina de tal comitiva o del personal de la misión.

La Corrupción que combate la Constitución

La corrupción es el gravísimo cáncer que azota a nuestra sociedad no solo a nivel nacional sino transnacional; en este contexto, se ha evidenciado que el caldo de cultivo propicio de este mal es la enaltecida codicia enquistada en el ejercicio de un sucio entorno de poder que sin ninguna condición moral en el encargo público busca servirse en lugar de servir, constituyendo un reflejo del adagio de sabiduría popular –quien no ha tenido y llega a tener, loco se quiere volver–.

El impacto de la corrupción ha sido lacerante en la sociedad, en los gobiernos, en los Estados, en las Regiones y en las Naciones, el enfrentamiento contra la corrupción se ha convertido en una infructuosa guerra compleja donde se ponderaba el doble discurso, el lavado de cerebro en masa, el espíritu de cuerpo y la encubrimiento enmarcado por una persecución selectiva de la astilla en el ojo ajeno aupando la impunidad de la viga en el ojo propio. En cuanto a la legislación para enfrentar el famoso combate a la corrupción, en el Ecuador tenemos los siguientes cuerpos normativos, entre otros:

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

DESIGNACIÓN AL CONSEJO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL COMO AUTORIDAD CENTRAL PARA LOS EFECTOS DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

DECLARAR COMO POLÍTICA PRIORITARIA DE GOBIERNO EL FORTALECIMIENTO DE LA TRANSPARENCIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN TODAS SUS FORMAS

ATRIBUCIONES A LA SUBSECRETARIA TÉCNICA DE TRANSPARENCIA, PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN Y RENDICIÓN DE CUENTAS

REGLAMENTO DE GESTIÓN DE PEDIDOS Y DENUNCIAS SOBRE ACTOS U OMISIONES QUE AFECTEN LA PARTICIPACIÓN O GENEREN CORRUPCIÓN

UNIDAD NACIONAL DE TRANSPARENCIA Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Es evidente que nada ha sido ni será suficiente y encandila pensar que en el Ecuador pese a ser víctima directa de estas conductas de corrupción al igual que otros países de la Región, hasta ahora no se haya tipificado el delito de corrupción pública cuya necesidad de legislación en la normativa interna es imperiosa y se recoge además en la CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN, que en el Artículo VII Legislación interna, dispone: Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el Artículo VI.1. y para facilitar la cooperación entre ellos, en los términos de la presente Convención. Ciertamente, se dirá, que existen algunos delitos que doctrinariamente se los ha denominado como delitos de corrupción o de cuello blanco que si están tipificados como son el peculado, el cohecho, la concusión y el enriquecimiento ilícito, infracciones que desde 1998 han sido declaradas imprescriptibles y se faculta inclusive el juzgamiento en ausencia para estos casos, lo que a mi criterio es inconstitucional así se encuentre en la Constitución de la República del Ecuador.

Además, se debe reconocer que se ha tipificado ya como infracción el delito de elincuencia organizada, a los que se agrupan el lavado de activos y la asociación ilícita, mas, todas estas infracciones han sido insuficientes para cubrir el vacío legal de no contar con un autónomo delito de corrupción pública. Se debe resaltar que, al no contar con un tipo específico de corrupción pública ahora se deben incoar causas penal escogiendo uno o algunos de los diversos delitos antes mencionados, lo que implica la inversión de ingentes recursos humanos y materiales al generar múltiples procesos por una pluralidad de delitos, a lo que se suma la dificultad de contar con prueba directa lo que incrementa las posibilidades de impunidad remembrando la frase –el que mucho abarca poco aprieta– pro-

cesalmente hablando, recordemos que en los delitos de corrupción se trata con delincuencia inteligente.

El delito de corrupción pública debería preceptuarse como el acto o conjunto de actos perpetrados por funcionarios públicos que por acción o por omisión en contubernio con otros funcionarios públicos o personas particulares naturales o jurídicas, en la clandestinidad o por medio de acuerdos de apariencia legal, se contengan trasfondos de prebendas o contraprestaciones ilícitas, con la finalidad de beneficiarse mutuamente teniendo como objeto los recursos públicos para su propio beneficio de terceros. En este curso de ideas, es evidente que el delito de corrupción pública debería contener por lo menos los siguientes elementos constitutivos: Se trataría de un delito plurisubjetivo ya que para que exista corrupción se requieren por lo menos dos corruptos o más, mismos que cumplen diferentes roles, pudiendo ser una relación lineal o triangular:

Los autores mediatos conocidos como autores intelectuales o mentalizadores, que son aquellos que tienen el poder para tomar las decisiones, se entiende que forman parte de la cúpula de esta organización delictiva corrupta y tratan siempre de no dejar rastro, siendo posible establecer su responsabilidad por lo general con prueba indirecta. En este grupo se encuentrarían los funcionarios públicos de alta jerarquía, políticos, empresarios, personas con mucho poder económico, político y social que participen en este delito.

Los autores materiales intermediarios, que son los que constituyen el vínculo entre el corrupto que ostenta el poder y el otro corrupto partícipe persona natural o jurídica que trata de obtener beneficio en la relación jurídica corrupta. Por lo general, el intermediario tiene un acercamiento familiar o de amistad muy cercano que le facilita el acceso directo con el mentalizador, se trata de una persona de bajo perfil pero no

menos importante en la participación delictual ya que es quien da la cara, negocia ilícitamente, entrega o recibe dinero o prebendas a nombre de otro. No puede existir intermediario sin la venia de un partícipe de nivel superior que tome las decisiones.

Los autores materiales beneficiarios particulares, que son las personas naturales o jurídicas que dan el porcentaje, el soborno, la coima, el regalo, la cortesía ilícita al funcionario público corrupto ya sea de manera directa o a su intermediario.

El sujeto pasivo es indeterminado, siendo que en el fondo se trata de toda la sociedad la perjudicada. El núcleo o verbo rector de este delito debe ser corromper. El objeto material son los recursos públicos. El elemento subjetivo se radica en los delitos dolosos. La pena para este delito debe ser de hasta 40 años, que es el máximo legal para la acumulación y sería la más alta pena por las infracciones en Ecuador, considerando la lesividad. La acción y la pena deben ser imprescriptibles y sin requisitos de procedibilidad.

Por lo expuesto, me parece que debemos sincerar el combate contra la corrupción considerando el enfrentamiento multisectorial; y, en el ámbito penal, llamar a la corrupción por su nombre DELITO DE CORRUPCIÓN PÚBLICA como debe de ser, delito autónomo que es el gran ausente el Código Orgánico Integral Penal y que permitía focalizar de manera técnica el tratamiento penal que este asunto merece por la alarma que genera en la colectividad y cuyo combate se declara en la Constitución de la República del Ecuador.

LA FALTA DE PROHIBICIÓN DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO OCASIONAL Y DE NOMBRAMIENTO PROVISIONAL EN EL SECTOR PÚBLICO Y DEL SECTOR PRIVADO EN PERIODO DE PRUEBA

—CUANDO LA MUJER TRABAJADORA SE ENCUENTRA EN PERIODO DE EMBARAZO O LACTANCIA LO CUAL VIOLA SU DERECHO CONSTITUCIONAL AL TRABAJO—

María del Carmen Bayas Aguilar[1]

La estabilidad laboral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha sido un tema muy criticado desde muchos años atrás, por tal razón se ha modificado de varias formas la legislación laboral en este sentido y con el fin de dar mayor realce al principio de la estabilidad laborar[2] que se ocupaba como mera palabra muerta en la ley, ya que no se aplicaba su verdadero contexto jurídico, y más aún cuando se trata de contratos de prestación de servicios ocasionales condicionados a un periodo no mayor de dos años y que sin importar muchas de las veces el estado de gestación o periodo de lactancia de la servidora

1. Abogada, Maestrante de Derecho Constitucional.

2. Art. 332 CRE.- El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad. Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos.

pública de la misma manera se los da por terminado afectando de esta manera no solo a la estabilidad laboral sino atentando contra los derechos de la reproducción humana de las mujeres trabajadoras previsto en la Constitución de la Republica de Ecuador.

Las reformas producto de la implementación de la ley de justicia laboral permitieron que se elimine varias formas de contratación establecidas en el Código de Trabajo, entre ellos los contratos a plazo fijo con lo cual se busca por medio de la ley fomentar la estabilidad laboral, pero en la Ley Orgánica del Sector Publico no se ha dado reforma legal alguna que permita el derecho a la estabilidad laboral vulnerando de esta manera los derechos de los servidores públicos, y en aplicación a lo que determina el Art 146 del reglamento general a la LOSEP dichos contratos de prestación de servicios ocasionales se pueden dar por terminados antes de la fecha para la cual se realizó la contratación o de manera unilateral de parte de la Autoridad Nominadora.

De esta forma, surge una problemática jurídica social -si se le podría llamar así-, en la que se ven inmersos varios servidores públicos y especialmente las servidoras públicas en estado de gestación o en lactancia, recordando que la ley es la que manda prohíbe y permite, y que amparados en este precepto legal se violan derechos constitucionales y humanos sobre la estabilidad laboral de los servidores públicos, ya que la LOSEP no es una norma legal garantista de derechos constitucionales y en razón de esto se necesita reformar para que se apegue a la realidad social del país.

En este orden de ideas, uno de los problemas más frecuentes del sector público y del servidores públicos es la contratación de sus servicios de manera ocasional amparados a lo que determina la LOSEP en su Art. 58 para un tiempo no mayor de

un año con una renovación por el mismo tiempo, y sin necesidad de terminar el tiempo del contrato se lo puede dar por terminado en razón de lo que determina el Art 146 del Reglamento General a la LOSEP, sea que la persona se encuentre en el caso de las servidoras públicas en estado de gestación o no o en periodo de lactancia, así como en un estado de incapacidad física plenamente comprobada. Frente a esto, la Corte Constitucional del Ecuador, ha manifestado lo siguiente:

El caso de las mujeres embarazadas es de particular atención por parte del Constituyente. Es así que el texto constitucional las reconoce como personas que requieren atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. Los derechos derivados de su condición de acuerdo con la Constitución de la República incluyen a la prohibición de discriminación en los ámbitos-educativo, social y laboral; la gratuidad de los servicios de salud-materna; la protección prioritaria y cuidado, de su salud y vida antes y después del parto y disponer de facilidades para su recuperación después del embarazo y durante el período de lactancia.

En ese contexto de protección, la Constitución reconoce la ya citada prohibición de despido de mujeres por causa de su estado de gestación y maternidad, así como la prohibición de discriminación relacionada con sus roles reproductivos. Como puede evidenciarse de su simple lectura, el contenido del artículo constitucional tiene una conexión sustancial con el principio de igualdad y prohibición de discriminación, reconocido en la Constitución.

El tema de la discriminación contra las mujeres de manera general ha sido objeto de una gran preocupación internacional, la cual ha desembocado en la suscripción de instrumentos internacionales en la materia. Destaca entre ellos la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación

contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). El artículo 1 de la Convención define la discriminación en términos análogos a los establecidos en la Constitución; consistiendo la condición de mujer –y adicionalmente, la de mujer en estado de gestación– una categoría específica, protegida por la prohibición establecida en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución: *"EI ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación."*

Del mismo modo, entre las medidas que deben adoptar los Estados para la eliminación de la discriminación en razón del empleo, está reproducida la obligación de *"… prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil"*. Al respecto, la Corte Nacional España en sentencia T-1097 de 2012:

El ordenamiento constitucional ha establecido una especial protección a las madres gestantes debido a la situación especial de vulnerabilidad que se encuentran ellas y sus hijos. Una de las manifestaciones de esta salvaguarda es la estabilidad laboral reforzada que permite a las madres mantenerse en sus empleos. De esta manera, el legislador y la jurisprudencia han establecido para los patronos la prohibición de desvincular de sus labores a las mujeres en estado de gravidez sin justa causa y sin la autorización del Ministerio del Trabajo. En los

eventos en que se transgrede dicha proscripción las interesadas pueden acudir a la acción de tutela con el fin de solicitar el amparo a su derecho a la estabilidad laboral reforzada, siempre que cumplan con los requisitos señalados por la jurisprudencia. Adicionalmente, esta protección se halla garantizada en todos los vínculos jurídicos, incluido el contrato de prestación de servicios ya sea público o privado[3].

De lo anterior se concluye que la mujer en estado de embarazo a la que se le termine un contrato de servicios (se despide), puede interponer una acción de tutela para alegar la protección especial a la que se refiere la Corte constitucional.

En la Sentencia No. 309-16-SEP-CC, de fecha 21 de septiembre del 2016 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador y publicada en el tercer suplemento del Registro oficial No. 866 del 20 de Octubre del 2016, la magistratura se desarrolló algunos puntos referentes a los derechos laborales de las mujeres embarazadas en relación con la inestabilidad laboral de los contratos ocasionales en el sector público, como por ejemplo que se trata de asuntos que versan sobre derechos de la mujer embarazada. Además, la Corte establece medidas de protección con alcance general y obligatorio, señala también que el caso de las mujeres embarazadas es de particular atención, ya que no solo el texto constitucional las reconoce como personas que requieren atención prioritaria y especializada, atención tanto en los ámbitos público como privado.

La Corte manifiesta que existen derechos derivados de la condición de embarazo, que incluyen: la prohibición de discriminación en los ámbitos educativo, social y laboral; la gratuidad de los servicios de salud materna; la protección prioritaria y cuidado de su salud y vida antes y después del parto; la facilidad de disponer de los medios adecuados para su recupera-

3. Corte Nacional España sentencia T-1097 de 2012, p. 98.

ción después del embarazo y durante el período de lactancia; y, por supuesto, la prohibición de despido por causa de su estado de gestación y maternidad. En razón a la decisión administrativa de no renovar el contrato de servicios ocasionales a una mujer embarazada o en período de lactancia señala que, agrava y pone en doble riego de vulnerabilidad y que por lo tanto no es dable de cumplir con determinada norma de personal, sin que se tome en cuenta las necesidades vitales de la trabajadora.

Dicha apreciación constituye fuente de vulneración del derecho a la igualdad contra la servidora pública. Establece que los contratos ocasionales en el sector público deberán durar hasta el fin del ejercicio fiscal en que concluya su período de lactancia. La Corte, finalmente, declara la constitucionalidad condicionada del artículo 146 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público: Las mujeres embarazadas y en período de lactancia que han suscrito un contrato de servicios ocasionales con una entidad pública, no podrán ser separadas de sus labores, debido a la aplicación de la causal f del artículo 146 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público. Los contratos de servicios ocasionales suscritos entre una mujer embarazada o en período de lactancia y una entidad pública, podrán terminar únicamente por las causales a, b, c, d, e, g, h e i del artículo 146 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público.

Dentro de este orden de ideas, la Sentencia Nro. 048-17-SEP-CC, emitida por la misma Corte Constitucional, establece que se presenta una vulneración de derechos constitucionales, cuando se niega el reconocimiento de una protección especial a las mujeres embarazadas o en período de lactancia, ya que esto implica el incumplimiento de la obligación de considerarlas como un grupo de atención prioritaria, con garantías específicas que prohíben su discriminación en el trabajo. Del análisis precedente, este argumento es ampliado en la Sentencia Nro. 143-17-

SEP-CC, donde se determina que el hecho de haberse dado por terminado el contrato de la accionante, sin que se haya cumplido el plazo y sin considerar que se encontraba en período de lactancia, genera una vulneración de sus derechos constitucionales. Es así, como la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador ha logrado fortalecer la importancia de esta protección referente a las mujeres embarazadas o en período de lactancia, en busca de tutelar sus derechos y del menor que está por nacer como una obligación del Estado frente a la familia.

En tal virtud se recomienda que la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia garantice, no solo con los mecanismos constitucionales que el ordenamiento jurídico ofrece, sino, además con reformas jurídicas precisas tanto del Código Orgánico de la Función Judicial como de la Codificación del Código de Trabajo, y su armonización con la Ley Orgánica de Servicio Público, con la finalidad de solucionar las falencia del sistema actual y en concordancia con la Constitución, y los Convenios Internacionales ratificados por el Estado, adoptar una regulación del período de lactancia, que al sustituir su aplicación a partir del parto por su uso desde la licencia de maternidad y contemplar en caso de fallecimiento de la madre o de la o el niño en el período posterior a la licencia por maternidad su ejercicio por parte del padre, por la totalidad o la parte de tiempo que reste de este período, elimine las desigualdades existentes dentro de un mismo ámbito.

Sobre el derecho al trabajo de la mujer el artículo 331 de la Constitución de la República del Ecuador dispone lo siguiente: *"El Estado garantizará a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. Se adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades. Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo."*

Concomitantemente el 332 preceptúa lo siguiente: *El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad. Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos.*

Es importante mencionar que el caso de que cuando la mujer trabajadora tenga ganada una estabilidad laboral y sea despedida por su estado de embarazo, maternidad o tenga la calidad de dirigente sindical el Código de Trabajo ha establecido la figura legal de llamado despido ineficaz que se encuentra determinado en el Art. 195. 1 en cual considera de ineficaz el despido intempestivo por esas causas.

Sin embargo pese a dichas disposiciones constitucionales se tiene que la mujer embarazada o en periodo de lactancia se encuentra amenazada su estabilidad laboral dentro del sector privado cuando se encuentra en el perdió o tiempo de prueba ya que por mandato del artículo 15 del Código del Trabajo que: *"Art. 15.- Período de prueba.- En todo contrato de plazo indefinido, cuando se celebre por primera vez, podrá señalarse un tiempo de prueba, de duración máxima de noventa días. Únicamente para el caso de los contratos de servicio doméstico o trabajo remunerado del hogar, el período de prueba será de hasta quince días. No podrá establecerse más de un período de prueba entre el mismo trabajador y empleador, sea cual sea la modalidad de contratación. Durante el período de prueba, cualquiera de las partes lo puede dar por terminado libremente."*

Por lo que se considera que debería la Asamblea Nacional a través de los honorables señores Asambleístas emitir normativas a fin de que la mujer embarazada que labore en el sector

público y se encuentre contratada con un contrato ocasional o nombramiento provisional no se le pueda dar por terminada la relación laboral mientras dure su periodo de gestación y maternidad y en el mismo sentido en el caso de la mujer trabajadora del sector privado que se encuentre en periodo de prueba.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA Nro. 462-12-EP/19

Yesenia E. Guato Jiménez[1]

El 15 de septiembre del 2011, comparecieron ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, los señores Elmer Edwin Cevallos Carvajal, Colón Olmedo Narváez Duque y Lilian Marlene Almeida Álvarez, en sus respectivas calidades de Presidente encargado y vocales principales de la Junta Parroquial de Guayllabamba. Formulando acción de protección en contra del Gerente General del Banco Central del Ecuador. La pretensión de la demanda consistió en que se deje sin efecto la resolución administrativa contenida en el oficio N°. DSBN.1467-2011 de 25 de marzo del 2011 (ratificada en oficio N°. DSBN-1433-2011), por la cual el Banco Central del Ecuador deshabilitó las claves de acceso, a la cuenta bancaria de la Junta Parroquial referida.

La entidad accionante alega que la sentencia de segunda instancia ha vulnerado el derecho constitucional a la autonomía que gozan los gobiernos autónomos descentralizados como lo señalan los autores Abad y Sacasari (2012), así como el derecho que tiene el Gobierno Autónomo Descentralizado (GAD) de la parroquia rural de Guayllabamba desarrolle las políticas demás mecanismos para el desarrollo de su población. Sin verter argumentos adicionales, señala que se están violentando los derechos, se está menoscabando y anulando el progreso de la Junta Parroquial de Guayllabamba y en sí, de su propia población, por cuanto se está violando el derecho mani-

1. Abogada, maestrante de Derecho Constitucional

festado en el artículo 11 numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador(CRE).

Se Señala que la Sala no vulneró normas constitucionales de ningún tipo, por ende menos aún el artículo 239 de la Norma Suprema que determina que el régimen de los gobiernos autónomos descentralizados se rige mediante ley. Esto por cuanto la controversia suscitada entre la Junta Parroquial de Guayllabamba y el Banco Central del Ecuador, debía ser resuelto en la justicia ordinaria. De Igual manera se expresa que los jueces constitucionales tienen la obligación de proteger los derechos individuales, además de los sociales y que al pronunciar su decisión, no se vulneró ningún derecho constitucional. Además, aseguraron a favor de los accionantes, el respeto del derecho al debido proceso y sus garantías en la resolución de dicho recurso.

De acuerdo al precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la sentencia N°. 282-13-JP/19, el Estado y sus organismos ejercen derechos constitucionales de índole o dimensión procesal, tales como la tutela judicial efectiva o las garantías del debido proceso. Específicamente a la legitimación activa de entidades u organismos estatales que ejercen en acciones extraordinarias de protección, esta Corte Constitucional mediante la sentencia N°. 838-12-EP/19, aclaró que dicha legitimación activa, se ejerce cuando se producen afectaciones a derechos de protección en su dimensión procesal o en casos especiales.

Por ende, al no advertirse que los representantes de la Junta Parroquial hayan vertido argumentos de índole constitucional procesal o adjetivo, la Corte Constitucional considera que la legitimación activa de tal entidad en la formulación de la acción extraordinaria de protección, no podía ser ejercida en tales términos. En este sentido, se puede afirmar que la legitimación activa (legitimación en la causa) de la Junta Parroquial

de Guayllabamba, en este caso concreto, no era procedente en función de los criterios juris prudenciales referidos.

Más allá de aquello en este caso en concreto, se observa que los argumentos vertidos por los representantes de la Junta Parroquial de Guayllabamba, tanto en su demanda de acción de protección como en la demanda de acción extraordinaria de protección; giran en torno a una violación al derecho constitucional a la autonomía administrativa, esta vez de la Junta Parroquial de Guayllabamba.

La autonomía administrativa se encuentra reconocida constitucionalmente como un principio orgánico, mediante el cual se estructura y organiza el Estado y la administración pública, así como sus competencias y los distintos niveles descentralizados de gobernanza pública. Este es el caso de los consejos regionales, consejos provinciales, concejos metropolitanos, concejos municipales y parroquiales rurales. Además la autonomía administrativa es un mecanismo para promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, junto a la descentralización, conforme dispone el artículo 3, numeral 6 de la CRE.

La autonomía administrativa de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, por tanto, no constituye en sí mismo un derecho constitucional de las juntas parroquiales, ni de sus representantes, como erróneamente afirman los accionantes de la Junta Parroquial de Guayllabamba, tanto al formular la acción de protección, como la acción extraordinaria de protección. Es decir, si existieren fundamentos o razones para considerar que tales normas jurídicas trasgreden disposiciones constitucionales, el control abstracto de constitucionalidad de dichas normas no se puede realizar mediante garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales, tal como aquí ha sido solicitado.

La Corte Constitucional recuerda que si alguna persona, grupo, colectivo o comunidad, ve afectados gravemente sus derechos constitucionales como consecuencia de la falta de coordinación interinstitucional que debe existir entre entidades y organismos del Estado, como por ejemplo por la indebida o defectuosa prestación de servicios públicos. Dichas personas se encuentran plenamente facultadas para presentar ante los jueces constitucionales las garantías jurisdiccionales con las que se consideren asistidas, a fin de tutelar tales derechos y ser reparados conforme al ordenamiento jurídico, desestimando la acción extraordinaria de protección planteada por los ex representantes de la Junta Parroquial de Guayllabamba.

Linkografía

Abad, J. Sacasari, G. (2012) Gobiernos Autónomos Descentralizados: Análisis de la Constitución del 2008 y aplicación del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Recuperado de: http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/4171.

Actualización del plan de desarrollo y ordenamiento territorial Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial Guayllabamba Recuperado de: http://app.sni.gob.ec/snilink/sni/portal_sni/data_sigad_plus/sigadplusdocumentofinal/1768070320001_PDOT%20GUAYLLABAMBA_30-10-2015_17-39-28.pdf

¿LA FORMULACIÓN DE CARGOS CON LA EJECUCIÓN DE UNA ORDEN DE DETENCIÓN CON FINES INVESTIGATIVOS, VULNERA EL DERECHO A LA DEFENSA COMO GARANTÍA BÁSICA DEL DEBIDO PROCESO?

Ángel Junior Espinoza[1]

1. Introducción

De acuerdo al art. 594 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, establece que la o[2] el juzgador, dentro de veinticuatro horas, señalará día y hora para la audiencia, que deberá realizarse dentro de los cinco días posteriores a la solicitud, salvo los casos de flagrancia y notificará los sujetos procesales (PENAL, 2014, p. 1).

La formulación de cargos, contemplada en el Código Orgánico Integral Penal, en el art. 595, el cual debe considerar tres requisitos importantes que debe motivar la fiscalía para proceder a formular, como es la individualización de la persona procesada, el segundo, la relación circunstanciada de los hechos relevantes, así como la infracción o infracciones penales y como tercero los elementos y resultados de la investigación que sirven como fundamento jurídico para formular los cargos. Esta formulación de cargos, puede establecerse por un delito

1. Abogado, Maestrante de Derecho Constitucional.
2. Código Orgánico Integral Penal, 2014.

flagrante o por intermedio de una denuncia que se apertura la fase de investigación previa.

Dentro de una investigación previa el fiscal puede solicitar la detención con fines investigativos, esta detención contemplada y desarrollada en el art. 530 y 532 del COIP, establecen que esta detención no puede durar más de 24 horas y se otorga con el fin único de tomar la versión del investigado. No establece que se podrán formular cargos con la ejecución de la orden de detención con fines investigativos, razonando que tales, se puede establecer en la fase de investigación previa.

Por otro lado, el art. 575 del COIP, que trata sobre la notificación y que dispone que cuando se convoque a la celebración de una audiencia, el juez deberá notificar al menos con setenta y dos horas de anticipación, a las partes, testigos, peritos y demás personas que intervendrán en la actuación, salvo en los casos de delitos flagrantes. La norma, que literalmente se debe interpretar conforme lo establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), es decir se debe instituir lo que la ley establece, en este caso con la debida notificación, para la realización de una audiencia con al menos 72 horas.

Por lo cual, el aprehender a una persona con una boleta con fines investigativos, para receptar la versión y dentro de esas 24 horas, solicitar a un juez una audiencia de formulación de cargos es ilegal, puesto que la esencia de la norma es receptar la versión y posterior a ello, la persona investigada debe ser puesta en inmediata libertad; pero en la práctica los fiscales con la boleta con fines investigativos, al momento de receptar la versión, solicitan una audiencia de formulación cargos, lo que genera una ilegalidad.

2. Desarrollo

El debido proceso está contemplado en el art. 76 de la Constitución, y la Corte Constitucional en sentencia No. 1945-14-EP/20, ha manifestado que el debido proceso constituye un derecho de protección y un principio constitucional elemental, siendo el conjunto de derechos y garantías propias de las personas, así como las condiciones de carácter sustantivo y procesal que deben cumplirse; en procura de que quienes son sometidos a procesos en los cuales se determinen derechos y obligaciones, gocen de las garantías para ejercer su derecho de defensa y obtengan de los órganos judiciales un proceso exento de arbitrariedades.

En base a lo indicado por la Corte Constitucional, el presente trabajo se encamina a determinar si se estaría vulnerando el debido proceso, en la garantía de contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, así como verificar si se está respetando las normas constitucionales e infraconstitucionales.

La seguridad jurídica está prevista en el art. 82 de la Constitución, y la Corte Constitucional en sentencia No. 608-14-EP/20, indica que la seguridad jurídica es un derecho que garantiza la aplicación de normas jurídicas previas y, por tanto, certeza a los administrados de que su situación no será modificada por procedimientos establecidos posteriormente, es decir que se debe respetar las normas constitucionales e infraconstitucionales.

Tal como lo indica la Constitución y la Corte Constitucional, la seguridad jurídica es un derecho fundamental para el correcto y adecuado procedimiento del proceso penal, y está ligado al derecho de una tutela judicial efectiva y el respeto a las diferentes garantías del debido proceso.

En cuanto a la titularidad de la acción penal pública estrictamente en nuestro país está dispuesta en el art. 195 de la Carta Magna que dice:

> *"La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal"*[3] (ECUADOR, 2008, p. 3).

Por lo cual, de la lectura de la norma constitucional, la fiscalía es quien ejerce la acción penal pública que puede ser instaurada de oficio o a petición de parte y más aún debe impulsar la acusación en la sustanciación de un juicio penal, por lo cual, la responsabilidad de sancionar una conducta lesiva a un bien jurídico protegido es exclusiva de la fiscalía, con el fin de que estas acciones u omisiones no queden en la impunidad.

El Código Orgánico Integral Penal, en su parte adjetiva en el capítulo segundo; tarta sobre las etapas de procedimiento; y esto es dispuesto en el art. 589, que dispone que el procedimiento ordinario se desarrolla en tres etapas:

1. Instrucción.
2. Evaluación y preparatoria de juicio.
3. Juicio.

La etapa de investigación previa forma parte de la etapa de instrucción, y esta se encuentra normada desde el art. 580 al 588; en donde se encuentra la finalidad la duración y sus formas de concluir el proceso o culminar la fase de formulación de cargos.

3. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Como refiere el art. 580, que dispone la finalidad de la investigación previa y que en lo principal es para reunir elementos de convicción los cuales deben ser de cargo y de descargo, que son necesarios para que el fiscal bajo su acción privativa formule cargos en contra del investigado. Para ello la fiscalía se debe apoyar en diligencia previas provista por impulsos fiscales y que son realizadas con colaboración del sistema especializado integral de investigación, medican legal y ciencias forenses, así como peritos en materia de tránsito. Por otro lado, también dentro de esta fase de investigación previa el fiscal por medio de los elementos de cargo y de descargo podrá determinar si la conducta investigada es delictuosa, como fueron las circunstancias de la perpetración del hecho lesivo, establecer la identidad del presunto responsable estableciendo su participación como autor, cómplice, individualización de la víctima y sobre todo establecer la existencia del daño causado.

El Código Orgánico Integral Penal, establece una garantía de reserva judicial, a las actuaciones realizadas en la fase de investigación previa sobre persona o sujetos procesales que son forman parte de la investigación, por lo cual, esta reserva excluye a la víctima, investigados para que sus abogados tengan un acceso inmediato, efectivo y suficientes de las actuaciones pre procesales.

En cuanto a la detención para fines investigativos, la normativa penal vigente en el Ecuador (COIP); establece la institución de la detención, dispuesta en el parágrafo segundo del art. 530 al 533 del COIP.

Esta institución hace referencia a la detención con fines investigativos, como las demás instituciones desarrolladas en el COIP, es necesario realizar un análisis pormenorizado:

A) Solicitud motivada, la solicitud para ordenar la detención de una persona con fines investigativos, debe ser motivada por un fiscal, así lo determina el art. 530 del COIP por lo cual, si no encuentra motivada en especial bajo criterios de razonabilidad, necesidad, idoneidad, urgencia, lógica jurídica el juez debe abstenerse de conceder esta figura.

B) Requisitos, el juzgador en caso de que coliga que la solicitud está motivada esta debe cumplir tres requisitos y que están dispuestos en el art. 531 COIP, y que son: motivación de la detención, el lugar y la fecha en que se la expide y la firma de la o el juzgador competente.

Estos requisitos deben constar en el auto como en la boleta emitido por el juez, por lo cual, a la falta de uno de ellos se puede considerar nula y atentatoria a los derechos constitucionales en especial del derecho a la tutela judicial efectiva y debido proceso en la garantía de la defensa.

C) Ejecución e información de derechos; la ejecución de la boleta con fines investigativos esta la debe cumplir la Policía Nacional, en donde el juez deberá cerciorarse, de que a la persona detenida se le informe sobre sus derechos, que incluye, el conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordena, los agentes que la llevan a cabo y los responsables del respectivo interrogatorio que son requisitos insubsanables y de cumplimiento estricto para que no exista una declaratoria de vulneración de derechos.

D) Duración y objetivo, el objetivo de la detención con fines investigativos es la receptar la versión de la persona detenida y es un acto por el cual la fiscalía se apoya para recabar como elemento de convicción la versión, y esta detención para que se tome la versión no puede durar más de 24 horas que se dispone en relación al art. 77 numeral primero de la Constitución de la República del Ecuador.

Como se estableció, la fiscalía, con la solicitud de una boleta con fines investigativos que es en la fase de investigación previa, con el objeto de receptar la versión del investigado bajo esta aprehensión por veinticuatro horas en muchos casos se solicita al juez la respectiva formulación de cargos, lo que determina que este acto sea ilegal. Pero para que la fiscalía pueda formular cargos, de conformidad al principio de oralidad, dispositivo y contradicción, debe fundamentar y motivar en una audiencia oral, pública y contradictoria; con lo cual, imperativamente la fiscalía debe solicitar la respectiva audiencia de formulación de cargos y el juez debe convocarla, a la que deben comparecer los sujetos procesales; en el cual, la fiscalía fundamenta su petición de conformidad a lo que dispone el art. 595 del COIP; y para hacer efectiva esta petición de solicitud de audiencia, la fiscalía la realiza mediante un impulso fiscal. Este impulso fiscal de solicitud de audiencia, debe ser acogido por el juez y de conformidad al art. 575 del COIP, convocar a la respectiva audiencia, dentro de las 72 horas.

Este problema técnico jurídico, se ha fomentado en el sistema de justicia, por lo cual se establece que existe una antinomia (de conformidad a la Escuela de la Función Judicial); entre la convocatoria de las 72 horas para la audiencia y la duración de la boleta con fines investigativos que dura 24 horas; por esa duración, es que procede el juez de flagrancia o de turno, que resuelve la situación jurídica de las personas dentro de las 24 horas, por lo cual, a decir de esta posición se respetan las 24 horas que establece la Constitución de la República.

Al no notificar con las 72 horas de anticipación para la realización de la audiencia de formulación de cargos, existe una posición contrapuesta, que establece que se vulnera la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica.

En todo caso, se puede colegir que la formulación de cargos con la ejecución de una boleta con fines investigativos es ilegal, por cuanto, el art. 530 solo establece la comparecencia para que el investigado rinda su versión y la formulación de cargos, que es la apertura de la etapa de Instrucción fiscal, en la cual la Constitución de la República del Ecuador, establece que contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de la defensa; en su art. 76, numeral séptimo, literal b; por lo cual, vulnera el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa, además, que en ese momento no se cuenta con un profesional del derecho que haya intervenido en la fase de investigación previa, que tenga el conocimiento suficiente de los hechos, actuaciones y demás relaciones jurídicas e interviene la Defensoría Pública de oficio, la misma que en todos los casos, no tiene contacto con el investigado ni conoce la relación circunstanciada de los hechos, para realizar una defensa técnica. Por lo tanto, las referidas actuaciones afectan a derechos fundamentales como el derecho a la libertad y se consagra la presunción de culpabilidad, antes que la presunción de inocencia.

Este problema, ha generado que en varios casos, como es el proceso signado con el No.- 12282-2017-00265; con una boleta con fines investigativos, se procedió a convocar audiencia de formulación de cargos, pero el juez, para garantizar el derecho al debido proceso en la garantía de la defensa, al no respetarse el referido art. 575 del COIP, esto es, notificar con 72 horas, el juez, no acepto la convocatoria y en la misma audiencia estableció convocar a la audiencia respetando lo dispuesto en el art. 575 COIP, y por esta actuación se le apertura un sumario administrativo; el mismo que fue signado con el No.- 12001-0049-2017.

3. Conclusión

Del análisis realizado se pudo terminar que, cuando existen detenciones para fines investigativos y fiscalía solicita audiencia de formulación de cargos, el señor juez al convocar a audiencia dentro de las 24 horas, está vulnerando el derecho Constitucional a contar con el tiempo necesario para preparar una adecuada defensa técnica, establecida en el art. 76 numeral 7 literal b de la Constitución.

Como lo ha indicado la CIDH, el derecho de defensa procesal, más que una garantía del debido proceso, es la garantía del debido proceso por excelencia. Por lo tanto, no es una simple denominación o conceptualización teórica o metateórica, se trata más bien del ejercicio efectivo de las garantías del individuo sindicado por el Estado como presunto infractor del orden legal establecido, con todas las consecuencias que desde el punto de vista de la estigmatización, segregación social y afectación pueden sufrir el individuo en sus esferas personal, individual, social, económica y psicológica.

En el presente ensayo también se estableció la vulneración del derecho a la defensa, la tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica, como derechos fundamentales deben ser analizados por el fiscal y el juez al momento de formular cargos con una boleta con fines investigativos y de esta manera no se vulneren estos derechos.

Además, se determinó la afectación del derecho a la libertad, derecho a la defensa, por no respetar la notificación de las 72 horas para la evacuación de la audiencia de formulación de cargos razón por la cual esta máxima legal de 72 horas de notificación se vuelve excepcional cuando el fiscal tiene la faculta de formular cargos con una detención para fines investigativos.

4. Bibliografía textos legales

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008.

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, 2014.

Jurisprudencia

SENTENCIA NO. 1945-14-EP/20 (VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA, AL DEBIDO PROCESO).

SENTENCIA NO. 608-14-EP/20 (VULNERACIÓN A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA).

Linkografía

Montero, D.; Salazar, A. (2013). *DERECHO DE DEFENSA EN LA JURISPRUDENCIADE LA CORTE INTEAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32676.pdf

Villacres, B. (2019*). La formulación de cargos con la ejecución de una orden de detención con fines investigativos* (tesis de pregrado). Universidad Regional Autónoma de los Andes, Riobamba, Ecuador.

CASO GUZMAN ALBARRACÍN *vs* ECUADOR

María José López Cobo[1]

Paola Guzmán Albarracín nació en Guayaquil en 1986, entre sus 14 y 16 años, sufrió violencia sexual por parte del señor Bolívar Espín, Vicerrector del Colegio Dr. Miguel Martínez Serrano, (en adelante Colegio), un posible embarazo y el suicidio –ocurrido 13 de diciembre de 2002– de la menor. Lo grave de la situación es que los procesos administrativos y judiciales iniciados por la familia, luego de la muerte de la menor, no fueron diligentes ni tuvieron resultado alguno en el Ecuador, por estas razones el Ecuador fue condenado mediante sentencia[2] emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José, Costa Rica, el 24 de junio de 2020, por violaciones a derechos que serán explicados más adelante.

Por declaraciones de compañeras y familiares de Paola Guzmán, se conoció que, en el año 2001, la niña presentó problemas con unas materias en el Colegio, es entonces que el Vicerrector, Bolívar Espín, habría indicado la haría pasar el año si mantenía relaciones sexuales con él. Es así que señalaron que desde el 2001, Paola salía con el Vicerrector y que en el 2002 habrían iniciado los encuentros sexuales, inclusive, el médico

1. Abogada de los Tribunales de la República por la Universidad Regional Autónoma de los Andes. Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Magister en Derecho, mención Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Asambleísta Alterna por Tungurahua (2013-2017). Asesora Legislativa (2018). Docente Universitaria de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato (2019) Concejal de Ambato.

2. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf

de la institución también habría violentado sexualmente a la menor.

De los relatos se desprende que personal del Colegio tenía conocimiento de la relación entre Paola y el Vicerrector, pero que nadie denunció ni inició investigaciones o algún proceso para frenar la conducta y sancionarla.

I. Proceso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La petición inicial fue en el año 2006, presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer y el Centro de Derechos Reproductivos (en adelante las representantes) por violaciones a derechos humanos en perjuicio de Paola del Rosario Guzmán Albarracín, Petita Paulina Albarracín Albán y Denisse Selena Guzmán Albarracín, el caso fue admitido en el año 2008.

El 5 de octubre de 2018 se aprobó el informe de fondo, el 7 de noviembre de 2018, se notificó al Estado. En este caso el Ecuador en enero de 2019, presentó a la Comisión un informe de cumplimiento de las recomendaciones, pero no presentó excepciones preliminares, ni la suspensión de tiempo para que el caso lo conozca la Corte, por ello el 7 de febrero de 2019, la Comisión envío el caso a la Corte, entre la presentación inicial y el sometimiento al conocimiento de la Corte del caso transcurrieron más de 12 años. Ecuador fue notificado el 19 de marzo de 2019.

II. Reconocimiento del Estado

Ecuador reconoció el hecho de que ningún proceso administrativo respondió de manera adecuada a la denuncia de la víctima; a la fecha de los hechos, la ausencia de rutas de denuncia, investigación y sanción; la falta de medidas de prevención de situaciones de violencia sexual al interior de esta institución educativa; que el proceso penal que inició la víctima, prescribió por la ineficiencia del sistema y de los funcionarios para ubicar al profesor que se encontró prófugo.

III. Admisibilidad de la prueba

La Corte aceptó documentos presentados por la Comisión y las partes, tanto en sus documentos iniciales como en sus alegatos finales, pues su admisibilidad no fue controvertida.[3]

Así mismo, la Corte rechazó dos declaraciones que fueron incluidas por las representantes, de manera extemporánea, respetando el Art. 57.2 del Reglamento, que indica que solo en casos especiales puede aceptarse este tipo de prueba y dichos casos no fueron demostrados.[4] Dichas declaraciones eran de dos compañeras de Paola Guzmán que conocían sobre los hechos.

3. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 140, que señala: "En el presente caso la Corte tiene por buenos los documentos presentados por la Comisión y por Honduras, máxime cuando no fueron controvertidos ni objetados, ni su autenticidad o veracidad puesta en duda."

4. Reglamento Art. 57.2. "Excepcionalmente y oído el parecer de todos los intervinientes en el proceso, la Corte podrá admitir una prueba si el que la ofrece justificare adecuadamente que por fuerza mayor o impedimento grave no presentó u ofreció dicha prueba en los momentos procesales establecidos en los artículos 35.1, 36.1, 40.2 y 41.1 de este Reglamento. La Corte podrá, además, admitir una prueba que se refiera a un hecho ocurrido con posterioridad a los citados momentos procesales."

En el caso de la admisión de las declaraciones, la Corte admitió a todas las declaraciones rendidas en la audiencia, al observar que las alegaciones que hizo el Estado no eran de la admisibilidad propiamente, sino obedecían a la metodología de peritajes entre otras cuestiones que son propias de la valoración probatoria.

IV. Justicia Ecuatoriana

La denuncia por la muerte de Paola, la interpuso su padre, el 17 de diciembre de 2002, la Fiscalía practicó varias diligencias, pidió prisión preventiva del imputado, pero no fue sino hasta el 16 de diciembre de 2003 que la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, ordenó la prisión preventiva del Vicerrector, Bolívar Espín y el 5 de enero de 2004, la Jueza Quinta ordenó su localización y captura, pues este ya se había fugado.

La investigación inició por el delito de acoso sexual, sin embargo, en el año 2005 se reformuló la imputación pasando a ser por el delito de estupro.[5] En octubre de ese mismo año se suspendió el proceso, hasta la captura del Vicerrector.

Finalmente, el 18 de septiembre de 2008, se declaró la prescripción de la acción penal, sin que se haya logrado ningún resultado o sanción contra el Vicerrector.

La madre de Paola Guzmán, demandó al Vicerrector por daño moral, proceso al que desde su situación de prófugo contestó el implicado. En primera instancia, en el año 2005, una sentencia condenó al Vicerrector al pago de veinte y cinco

5. Artículos 509 y 510 del Código Penal entonces vigente indicaban, respectivamente: "[l]lámase estupro la cópula con una persona, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento" y "[e]l estupro se reprimirá con prisión de tres meses a tres años si la víctima fuere mayor de catorce años y menor de dieciocho".

mil dólares de los Estados Unidos de América (25.000 USD), sin embargo, apeló sobre las costas que no le habían concedido.

En la revisión de la apelación, el Tribunal declaró la nulidad de todo lo actuado, para que se resuelva una apelación que habría presentado el Vicerrector, para esto se devolvió el proceso al juzgado de origen. En el año 2012, se declaró el abandono de instancia, siendo otro proceso en el que no se tuvo resultado.

También la madre de Paola, solicitó al Ministerio de Educación, sanciones para el Vicerrector y el Colegio, dicha entidad en el año 2003 indicó que no se había podido probar la existencia de una relación amorosa entre Paola Guzmán y el Bolívar Espín. En el año 2014, se abrió un sumario contra el Vicerrector por abandono de cargo y fue destituido por esa causa.

Por lo señalado, considerando el reconocimiento estatal, la Corte notó la lesión al derecho de acceso a la justicia de las familiares de Paola Guzmán Albarracín, derivando en la impunidad, por la prescripción de la acción penal, como consecuencia de la inacción estatal, especialmente en la falta de diligencia en la detención del procesado rebelde. Además, la violación sexual y todos los actos, los cometió un funcionario público y comprometían en forma directa la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a derechos humanos.

V. Consideraciones de la Corte IDH

a. Derecho de la Niña a una Educación Libre de Violencia Sexual

En la Convención Americana[6] y en la Convención Belém do Pará[7], encontramos normas que protegen el derecho al bienestar de la mujer, a una vida libre de todo tipo de violencia, también la Convención de los Derechos del Niño[8] prescribe la protección a los niños de todo tipo de violencia física o mental, imponiendo medidas de protección para todo tipo de maltrato, incluido el abuso sexual, siendo una de las medidas el derecho a la educación. Así mismo el Protocolo de San Salvador[9] establece normas para garantizar el derecho a la educación, garantía que recae en el Estado, por ello es el encargado de adoptar medidas necesarias para detectar, prevenir, sancionar y erradicar la violencia, los abusos y maltratos contra la mujer y los niños, siendo los últimos los más vulnerables a sufrir violencia.

En el caso concreto, la Corte determinó que existieron indicios claros de la conducencia del delito (cartas de Paola, testimonios de amigas), por tanto, la relación sentimental de Paola con el Vicerrector fue de conocimiento público. Es claro entonces que, se produjo un abuso de una relación de poder y confianza, pues la violación vino de una persona que tenía el deber de cuidado en el ámbito escolar.[10] Esta conducta bajo esa rela-

6. Art. 5, 11, 19, 26 y 49; 28.
7. Art. 3, 6, 7.
8. Art. 19.
9. Art. 13.
10. La sociedad obliga a que sus integrantes tengan un deber objetivo de cuidado, que impide conductas que dañen a otros, cuidan a otros con base a la ley y la experiencia. Por ello, "sin dejar de respetar la evolución de las facultades del niño y su autonomía progresiva, todo ser humano menor de 18 años se encuentra, o debe encontrarse, 'bajo la custodia' de alguien", y señaló que la definición de "cuidadores" del artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluye, entre otros, al "personal de los centros de enseñanza, las escuelas y los jardines de infancia" (Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 13, párr. 33).

ción de poder, teniendo como uno de los factores principales le hecho de que Paola pertenecía a una "comunidad educativa vulnerable"[11], lo que permitió la existencia de acoso y abuso sexual con acceso carnal, siendo además una conducta sancionada con normativa interna.

En el Colegio, mientras duró el abuso, a pesar de que los hechos eran conocidos por muchas personas no se realizó ninguna acción para investigar, determinar y sancionar la conducta, creándose una tolerancia –que llamaría complicidad–, que pretendió quedar en impunidad aun luego de la muerte de Paola, cuando de los testimonios se desprendió que las alumnas habían sido presionadas por el Presidente de la Asociación de profesores, para que apoyen al Vicerrector, todo implicó una violación a los derechos humanos de la menor. Finalmente se comprobó que, a la fecha de los hechos, el Colegio no brindaba educación sexual y reproductiva a sus alumnas, por lo que Paola no era consciente de la violencia sexual a la que fue sometida, violentándose así su derecho a una educación libre de violencia sexual.

b. Derecho a la vida de Paola Guzmán Albarracín

La Corte señaló que "el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana, por ser el presupuesto esencial para el ejercicio de los demás derechos.", así mismo, que los Estados deben adoptar medidas apropiadas para proteger y preservar este derecho.

En el caso concreto resulta evidente que producto de la violencia y abuso que sufrió Paola, por un largo período de tiempo, causó sufrimiento y problemas psicológicos que la llevaron al suicidio, lo que afectó su derecho a una existencia digna. Además, de los hechos se desprende que el Estado, a tra-

11. Esto debido a la baja condición económica y al hecho de ser una Institución de educación pública.

vés de los funcionarios del Colegio no actuaron con diligencia al saber la ingesta de diablillos por Paola, sino que la llevaron a la enfermería y tardaron en darle tratamiento o llevarla a la Clínica, dejando la duda razonable de que, actuando con celeridad se hubiese logrado salvar la vida de Paola, razón por la cual violentaron su derecho a la vida.[12]

c. Derecho a la integridad personal de la madre y hermana de Paola Guzmán Albarracín

Luego del análisis, la Corte determinó que producto de la muerte de Paola Guzmán Albarracin, su madre Petita Albarracín y su hija Denisse sufrieron graves afectaciones emocionales, enfermedades y sufrimiento por parte de la madre y, sufrimiento en soledad por parte de la hermana, por lo que se violentó el Artículo 5.1 de la Convención Americana.

VI. Reparaciones

La Corte ordenó al Estado en favor de la víctima y de las afectadas lo siguiente:

1. Como medida de rehabilitación un tratamiento psicológico y/o psiquiátrico para Petita Albarracín y Denisse Guzmán Albarracín, el cual deberá incluir en forma gratuita la provisión de los medicamentos que sean necesarios y, de ser el caso, transporte y otros gastos directamente relacionados.
2. Como medida de satisfacción la publicación de la sentencia en la página del Ministerio de Educación, un extracto de la misma en un diario de mayor circulación y un resumen en el Diario Oficial. Además, deberá realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacio-

12. Convención Americana en sus artículos 1.1, 4.1 y 5.1.

nal, así como entregarse el grado de bachiller a Paola en ceremonia póstuma.

3. Como garantía de no repetición ordenó: a) contar en forma permanente con información estadística actualizada sobre situaciones de violencia sexual contra niñas o niños en el ámbito educativo; b) la detección de casos de violencia sexual contra niñas o niños en ese ámbito y su denuncia, c) la capacitación a personal del ámbito educativo respecto al abordaje y prevención de situaciones de violencia sexual, y d) la provisión de orientación, asistencia y atención a las víctimas de violencia sexual en el ámbito educativo y/o a sus familiares.[13]
4. Como indemnizaciones compensatorias por el daño material, en este caso la muerte, la cantidad de setenta mil dólares de los Estados Unidos de América (70.000 USD); así mismo por daño inmaterial la Corte fijó, en equidad, por concepto de daño inmaterial la suma de ciento diez mil dólares de los Estados Unidos de América (110.000 USD) a favor de Paola del Rosario Guzmán Albarracín, cincuenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América (55.000 USD) a favor Petita Paulina Albarracín Albán, y cuarenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América (45.000 USD) a favor de Denisse Selena Guzmán Albarracín. El monto dispuesto a favor de Paola deberá ser distribuido, en partes iguales, entre su madre y hermana.

VII. Conclusiones

El Estado ecuatoriano, en el presente caso, reconoció el cometimiento de hechos y omisiones e implícitamente violaciones a derechos humanos, lo cual si bien es algo rescatable, a la vez es preocupante, pues la Corte IDH lo encontró responsable de la muerte de Paola Guzmán Albarracín, una niña de 16 años

13. Párrafo 245 de la sentencia.

que producto de la falta de educación sexual y reproductiva, al abuso sexual por la condición de poder del Vicerrector de su colegio, la llevaron a una situación emocional y psicológica crítica, que la llevó al suicidio.

El Estado incumplió el deber objetivo de cuidado, cuando un funcionario público de una institución educativa en lugar de proteger a una menor y educarla, abuso de ella, violentando su integridad física, así como el derecho a la educación, resultando claro que una educación que vulnere derechos humanos, resulta contraria a los mismos.

Es así como el Estado como sus entidades públicas tienen la obligación de prevenir, detectar, sancionar y erradicar todo tipo de violencia, más aún en el caso de menores donde son sujetos con mayor vulnerabilidad, por lo que deben existir mecanismos que permitan hacer efectivas las obligaciones, siendo necesaria la vigilancia de la sociedad civil, así como las denuncias oportunas, para que casos como el de Paola Guzmán Albarracín no se repitan y si suceden, no queden en la impunidad.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL PLAZO PARA INTERPONER EL RECURSO DE APELACIÓN EN MATERIA PENAL

Pablo Silva Mejía[1]

Sumario

I. Introducción **1.1** Naturaleza jurídica y alcance de la consulta de norma. **II.** Control de constitucionalidad. **2.1** Control Abstracto. **2.2** Control Concreto **III.** Conclusiones. **V.** Bibliografía.

I. Introducción

El proceso de control constitucionalidad tiene por objeto el garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico expedido por el legislador con la Constitución de la República, lo cual tiene origen en el concepto de supremacía constitucional, es decir, que el poder constituyente a nombre del pueblo, estableció que la Constitución es suprema, debido a los principios y garantías de gran importancia que son recogidos dentro de su texto,[2] por lo tanto, ninguna norma puede contravenir con estos principios y garantías ya establecidos.

1. Magister en Derecho Procesal (UASB-E). Especialista Superior en Derecho Constitucional y en Derecho Procesal (UASB-E). Abogado de los Juzgados y Tribunales (UTA). 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. Juan Francisco del Pozo, "Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad", en *Apuntes de derecho procesal constitucional*, edit. Juan Montaña Pinto (Quito: CEDEC, 2012). 103.

En este sentido, la sentencia que servirá como base del presente análisis, es la No. 006-16-SCN-CC, dentro del caso No. 0013-15-CN, emitida el día 31 de agosto del año 2016, en la cual, se ha presentado la consulta sobre la constitucionalidad del segundo inciso del artículo 573 y del numeral 3 del artículo 575 del Código Orgánico Integral Penal, dentro de un proceso penal por delito de homicidio.

La consulta fue realizada por un juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales del Distrito Metropolitano de Quito, puesto que, en la audiencia preparatoria de juicio, sostiene que la Fiscalía no poseía elementos suficientes de convicción para emitir una acusación en contra del procesado, y es así que en aplicación del numeral 2 del artículo 605 del COIP, dictó el sobreseimiento del procesado.

Luego, se notifica a las partes procesales con este sobreseimiento en las casillas judiciales físicas, a lo cual, la acusación particular y fiscalía presentan recursos de apelación a lo resuelto, mismos que fueron admitidos a trámite por el juez de instancia; sin embargo, la defensa del procesado, solicita que se revoque dicha providencia que se conceden los recursos y plantea de forma *subsidiaria* que se eleve a consulta sobre la constitucionalidad de los artículos 573 y 575 del COIP, *aduciendo que el término para interponer los recursos debía correr desde la notificación verbal en audiencia y no desde la notificación hecha por escrito*, fundamentando su pedido en el artículo 428 de la Constitución, y los artículos 141 y 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y que a su vez se suspenda la tramitación del proceso.

1.1 Naturaleza jurídica y alcance de la consulta de norma

La corte Constitucional menciona que esta consulta de norma se desarrolla dentro del control concentrado y concreto de constitucionalidad, que busca garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico con la Norma Fundamental[3], en cuanto a su aplicación en casos específico, aplicando lo que establece el artículo 142 de la LOGJCC, ya que solo si se tiene una duda razonable y motivada, se debe realizar dicha consulta, suspendiendo el proceso. Esta petición se debe enmarcar a los parámetros de la motivación contenida en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución, explicando porque no se ha recurrido a una interpretación conforme de la norma enunciada.

Para ello se ha desarrollado parámetros para este tipo de consultas[4], dentro de los cuales se encuentra, la identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta, la identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos, así como las circunstancias, motivos y razones por las cuales dichos principios resultarían infringidos; y, la explicación y fundamentación clara y precisa de la relevancia de la disposición normativa cuya constitucionalidad se consulta, respecto de la decisión definitiva de un caso concreto. Esto se estableció con la finalidad de que el objetivo del sistema procesal sea siempre la efectividad de los derechos.

Es decir, una posible cuestión de inconstitucionalidad se estructura como una "cuestión incidental" dentro del proceso de la justicia ordinaria[5], en el cual el juez que tenga una duda

3. Gerardo Eto Cruz, "El proceso de inconstitucionalidad", en *Derecho procesal constitucional*, edit. Eduardo Andrés Velandia Canosa (Bogotá: LEGIS. S.A. 2014), 190.
4. Ecuador. Corte Constitucional [Sentencia No. 001-13-SCN-CC. CASO No. 0535-12-CN]. 06 de febrero de 2013.
5. María Asunción García Martínez, *El control de constitucionalidad de las leyes* (Lima: JURISTA ED. 2005). 205.

sobre la constitucionalidad de una norma legal para resolver el caso concreto, debe realizar una consulta al órgano respectivo.

II. Control de constitucionalidad

El ente llamado a realizar un control abstracto de constitucionalidad de las normas expedidas, es sin duda alguna la Corte Constitucional, dicho control puede realizarse por la forma y el fondo. Por la forma se refiere a que un cuerpo normativo puede oponerse a la Constitución por no haberse elaborado a través del procedimiento correcto (inconstitucionalidad formal); mientras tanto el control por el fondo de refiere a que las normas contienen restricción de derechos o disposiciones contrarias a la Carta Fundamental (inconstitucionalidad material)[6], en consecuencia, este control puede realizarse tanto de la forma como del fondo, ya que son complementarias.

2.1 Control Abstracto

Referente a este tipo de control, es aquel que es ejercido para garantizar la adecuación de las normas que componen el ordenamiento jurídico al contenido de la Constitución, es por ello que se plantea si los artículos 573 y 575 resultan incompatibles con el derecho constitucional al debido proceso, de forma específica en la garantía a recurrir el fallo, cuando se decida sobre derechos.

La cuestión principal del presente caso es si los recursos de apelación se debieron presentar luego de la notificación de forma verbal en la audiencia respectiva, o se debían presentar

6. Mariela Rubano Lapasta, ¿Procede la inconstitucionalidad de fondo y forma, o solo la primera?. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. dic. 1996, vol.7 [citado 09 Noviembre 2017], 85-98. URL: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501996000100005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

una vez que se han notificado a las partes con la resolución escrita, entonces cabe aquí una posible incompatibilidad de las disposiciones citadas del COIP con el derecho a recurrir el fallo, lo cual no solo está consagrada en la Carta Fundamental, sino también por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ahora bien, el juez al ser susceptible de cometer errores, es necesaria la posibilidad de que un juez u tribunal superior revise dicha actuación, pero si la disposición del numeral 3 del artículo 573 del COIP menciona que los autos definitivos serán notificados en la respectiva audiencia, haciendo énfasis en la oralidad del proceso penal[7] avalando así la validez de la notificación, ya que la interposición de recursos en materia penal debe ser expedita, lo cual también es corroborado por el artículo 168 numeral 6 de la Constitución. Consecuentemente, la notificación oral de los autos definitivos no impide que las partes procesales presenten los recursos correspondientes, dentro de los plazos establecidos en la norma.

2.2 Control Concreto

La Corte debe pronunciarse sobre la relación exclusiva o preponderante de la aplicación de las normas a un supuesto concreto de hecho[8], es decir, a un caso específico, en este sentido el fallo que se emita en esta causa, tiene efectos entre las partes y adicionalmente para casos análogos, para lo cual se realiza la pregunta que si los artículos 573 y 575 resultan incompatibles con el derecho constitucional al debido proceso, de forma específica en la garantía a recurrir el fallo, cuando se decida sobre derechos.

7. Ecuador. Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento 180 (10 de febrero de 2014. Reforma el 21 de julio de 2016), art, 5 numeral 11.

8. Johanna Romero Larco, "Control concreto de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La consulta de constitucionalidad", en *Apuntes de derecho procesal constitucional*, edit. Juan Montaña Pinto (Quito: CEDEC, 2012). 147.

Como hechos sobresalen que la audiencia donde se dictó el sobreseimiento fue realizada con fecha 09 de marzo del 2015 y la notificación por escrito se la efectúo con fecha 7 de abril del mismo año, es así que, los recursos interpuestos fueron ingresados con fecha 14 de abril del 2015, por lo tanto, el juez de instancia consideró que se encontraban dentro del término correspondiente para su presentación. De esta forma, lo que buscó el juez consultante era absolver una duda si las disposiciones jurídicas consultadas se debían aplicar en este caso concreto, ya que si se aplicarían su consecuencia inmediata sería la inadmisión de los recursos de apelación interpuestos por extemporáneos, es decir, se trató de aparentar una supuesta incompatibilidad entre las normas consultadas y el derecho a recurrir. Lo que demuestra que no puede ser entendido el concepto de duda razonable de forma independiente al concepto de motivación[9], ya que ambos forman un engranaje importante para la consulta a realizarse

Con ello, la aplicación del inciso segundo del artículo 573 y el numeral 3 del artículo 575 del COIP, en ningún momento vulnera el derecho constitucional al debido proceso, mucho menos la garantía de recurrir el fallo. El juez como un error grave, deja de aplicar las normas analizadas, para luego enviarlas en consulta, sin que haya cumplido con los parámetros que la propia Corte ha establecido, sin existir una inquietud propia del juzgador, es decir, que no se puede inaplicar directamente una norma legal frente a una incertidumbre de su constitucionalidad, ya que la consulta se debe hacer solo en caso de duda y de forma previa a la aplicación de la norma a consultar.

En dicho sentido, *en el Ecuador solo existe un control concentrado de constitucionalidad*, siendo la Corte Constitucional, el único ente facultado para declarar la inconstitucionalidad de

9. Alfredo Ruiz Guzmán y otros, *Desarrollo jurisprudencial de la primera corte constitucional. Periodo noviembre 2012 – noviembre 2015* (Quito: CEDEC, 2016). 249.

una norma y su consecuente validez. Bajo ningún concepto un juez podría inaplicar directamente una norma jurídica, bajo la idea de certeza de inconstitucional, dentro de un caso concreto, sino que debe elevar a consulta a la Corte.[10]

Con todo lo indicado, la Corte Constitucional decide emitir una sentencia negando la consulta de norma planteada, ya que se ha demostrado que las disposiciones analizadas, no son contrarias a la Constitución. Asimismo, dejar sin efecto el auto de fecha 14 de abril del 2015, emitido por el juez consultante y todos los actos jurídicos posteriores, devolviendo el proceso a la Unidad Judicial de Garantías Penales con sede el Distrito Metropolitano de Quito.

III. Conclusiones

En la presente sentencia la Corte Constitucional hace énfasis en que cualquier tipo de consulta de norma, debe observar los parámetros establecidos en la sentencia 001-13-SCN-CC, por cuanto, los jueces no pueden consultar la aplicación o no de una norma, a pretexto de consultar la constitucionalidad de la misma, es aquí que es importante tanto la duda razonable y la motivación respectiva de la consulta.

La consulta de norma al ser solicitada, el juez también debió analizar, si es factible o no realizar la misma, ya que la solución que se podía dar al conflicto originado, se solventaba con la aplicación de lo que mencionaba la norma, es decir, que el tiempo para la interposición de recursos se lo debe hacer desde la notificación en audiencia del auto correspondiente, y no desde su notificación de forma escrita.

10. Ecuador. Corte Constitucional [Sentencia No. 001-13-SCN-CC. CASO No. 0535-12-CN].

Como principio derecho vulnerado por las normas consultadas del COIP, se mencionó la afectación al debido proceso, en la garantía a recurrir, lo cual fue desvirtuado por la Corte, con los mismos argumentos expuestos tanto por el juez consultante, como por la parte del procesado en el juicio penal, lo que se determinó es que el juez no aplicó de forma correcta una norma legítima dentro de su caso concreto.

Se menciona además que el control de constitucionalidad de norma, se lo debe hacer antes de inaplicar la norma a ser analizada, en este caso, el juez consultante, inaplicó la norma y luego de ello, elevó a consulta la misma, lo cual es un error muy grave menciona la sentencia, ya que se estaría realizar un control difuso de constitucionalidad. Además de aquello, *la Corte ratifica y reafirma que en el país existe un control de constitucionalidad concentrado.*

IV. Bibliografía

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

Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia No. 001-13-SCN-CC. CASO No. 0535-12-CN. 06 de febrero de 2013.

Ecuador. Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento 180. Publicado 10 de febrero de 2014. Reforma el 21 de julio de 2016.

Eto, Gerardo Cruz. "El proceso de inconstitucionalidad", en *Derecho procesal constitucional*, Eduardo Andrés Velandia Canosa, edit. Bogotá: LEGIS. S.A. 2014.

García, Martínez María Asunción. *El control de constitucionalidad de las leyes.* Lima: JURISTA ED. 2005.

Romero, Larco Johanna "Control concreto de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La consulta de constitucionalidad", en *Apuntes de derecho procesal constitucional*, edit. Juan Montaña Pinto. Quito: CEDEC, 2012.

Rubano, Lapasta Mariela, ¿Procede la inconstitucionalidad de fondo y forma, o solo la primera?. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. dic. 1996, vol. 7. URL: «http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501996000100005&lng=es&nrm=iso». ISSN 0718-0950.

Ruiz, Guzmán Alfredo y otros. *Desarrollo jurisprudencial de la primera corte constitucional. Periodo noviembre 2012 – noviembre 2015.* Quito: CEDEC, 2016.

¿SE VULNERA EL DERECHO A LA DEFENSA, AL DEBIDO PROCESO, Y LA SEGURIDAD JURÍDICA, CUANDO NO SE LOGRA CITAR AL ALIMENTANTE DENTRO DE UN TÉRMINO RAZONABLE?

Lenin Javier García Párraga

INTRODUCCIÓN

Es indispensable partir de la idea de que el cobro de pensiones alimenticias tienen una naturaleza jurídica de precautelar el interés superior del menor, contemplado dentro de la Constitución del Ecuador y el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, siendo que este se incorporó en el orden jurídico la eficiencia en la aplicación de derechos que favorecen a los niños, niñas y adolescentes, además a la pensión alimenticia se la ve como un derecho de dignidad humana, en lo puesto que se encuentra a favor de los infantes cuyos padres no viven juntos pero tienen la obligación de darles una pensión mensual de reparo.

Sin embargo por otro lado, surge la incógnita sobre si realmente se puede hablar del debido proceso y de seguridad jurídica, siendo dos principios de todo medio jurídico en la demanda alimenticia, pues se habla incluso de que si bien se ampara el interés superior del menor, no existe la autorización a los jueces, de tomar cualquier decisión jurídica de manera arbitraria o ilegal, es ahí cuando se deben revisar las limitaciones de dicho derecho, porque este no puede ir en contra de la aplicación de

otras normativas jurídicas, como es el caso de la defensa y el debido proceso, vinculado ello a procedimientos judiciales de fijación acumulada en casos de pensión alimenticia, sobre todo cuando no se logra citar al demandado en un plazo prudente sino luego de varios, como se estaba haciendo costumbre en Ecuador, inclusive por estrategia de la parte actora, a efecto de que después de transcurrida varias pensiones impagas poder ejecutar los dos efectos que conlleva, como es el apremio en contra del obligado y el pago de la pensión acumulada lo que resulta muy fructífero, siendo que es allí cuando se acumulan las pensiones, llegando a generar cantidades exorbitantes que el demandado no tiene para pagar y tomando en consideración que tampoco fue notificado con un término razonable de tiempo, de lo que se habla en el presente documento.

DESARROLLO

La concepción sobre las pensiones alimenticias, por lo que los juicios de alimentos no pueden ser declarados en abandono

El derecho a los alimentos de un menor es de carácter irrenunciable, imprescriptible e indelegable, por ende, el juicio de alimentos que no tenga el impulso de las partes, no puede ser declarado en abandono y archivarse, como sucede en otro tipo de procesos, en donde cabe el abandono en el término de 6 meses desde la última providencia útil; pues se parte del interés superior del menor, conociendo que este es un principio jurídico que se dio lugar en la Convención sobre los Derechos de los Niños suscrito en las Naciones Unidas en Nueva York el 5 de diciembre de 1989, siendo esta una normativa internacional que involucra la obligación de los Estados miembros de

lograr la asociación en los ordenamientos jurídicos de dicho principio con el propósito de involucrar normativas, políticas públicas de protección para el aseguramiento de la atención del menor, por ende es de cumplimiento erga omnes.

Es así como el artículo 3 numeral 1 del Convenio mencionado indica que en todas las medidas referentes a los menores que toman la instituciones públicas o privadas de bien social, los tribunales, autoridades administrativas u otros organismos legislativos, presentan una atención principal a la que se atiende en torno al interés superior del menor. (Naciones Unidas, 1989). De esta forma se inició en el Ecuador una transformación en lo que compete a la Carta Magna, donde se indica que en lo que tiene que ver con niñez y adolescencia se asocia el derecho de permitir alimentos, para lo cual se reformó el Título V del Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia donde se define el derecho de niñas, niños y adolescentes a percibir pensiones de alimentos, siendo una ley orgánica para hacer práctico el derecho de niños, niñas y adolescentes (Ley Reformatoria al Título V, 2009). Es de esta manera como el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia además de regular las temáticas sobre alimentos que deben percibir niñas, niños, adolescentes están limitados por su condicionamiento de no poder generar ingreso por su propio medio, pero además se relaciona a la patria potestad, tenencia, explotación laboral, declaratoria de paternidad, adopción y otros, por ello y porque el interés superior del menor (como su nombre lo indica) es prioritario no puede darse casos de abandono en torno a juicios de pensión alimenticia.

El Derecho a la Defensa frente a los efectos de la citación

De acuerdo a la Corte Constitucional del Ecuador, habla también del derecho a la defensa como "aquel principio eterno de justicia en el que nadie puede ser condenado sin haber antes sido oído y vencido"5, lo anterior representa una garantía base en todo proceso tal como lo señala el artículo 8 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que indica "Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente o que sea imparcial e independiente". Lo anterior indica que el derecho a la defensa debe primar en todo proceso en el que se pudieran restringir los derechos subjetivos de los individuos.

En la Corte Constitucional a la par, se observan los Instrumentos Internacionales y según lo que señala la Constitución de la República del Ecuador, resalta la importancia de este derecho ratificando que "la plena ejecutoria de la defensa es fundamental en la tramitación del proceso, porque de esto depende el resultado del mismo" (Constitución del Ecuador, 2008), es de esta manera como se observa la composición del proceso el cual va a depender de que cada parte procesal ejerza su derecho a la defensa sin que exista limitantes que tenga en consideración las actuaciones a lo largo de la sustanciación del proceso, es de esta manera como se puede contar con la ejecución de alguna alegación que pueda dar paso al juez al enriquecimiento de su criterio para la resolución del caso en torno a una argumentación y prueba de las partes que hayan aportado en la causa para que cumplan con las disposiciones adjetivas que se da para dicho efecto. (Corte Constitucional, 2015).

También se conoce que el derecho a la defensa involucra un derecho que se debe efectivizar en todo proceso, pues si no hay conocimiento de la demanda no solo no se puede decir nada de ello sino que no se puede desarrollar más elementos de la defensa como lo es la planeación de la prueba de descargo (Corte Constitucional, 2015), puesto que se hace imposible la preparación de la defensa, y se impiden los recursos que se generen después de la impugnación de la decisión. Es por esto que la Corte Constitucional indica que la citación es uno de los elementos básicos para lograr el ejercicio a la defensa, ya que "nadie puede ser condenado sin que antes haya sido oído y vencido" (Tama, 2012), lo que implica que para hacer a una persona responsable de un hecho ilícito o que no esté en concordancia con las normas debe incluir previamente una citación.

El derecho a contradecir dentro del debido proceso

Cabe destacar que, en las peticiones, alegaciones y pruebas o en otras garantías al debido proceso, se originan del texto constitucional, siendo la más significativa la de importancia social, la cual es la relacionada a la igualdad de las partes, puesto que mientras haya la oportunidad la ley procesal primero y el juez luego, han de proponer que el actor y el demandado actúen en el proceso en una versión igualitaria, dicha igualdad debe coincidir en dar a los dos la posibilidad de expresión y de prueba, en la etapa de ejecución en cambio, se debe admitir dentro de los términos más limitados, los medios de defensa específicos para prevenir la realización de bienes del deudor, pero hay que tomar en cuenta que al hablar del ordenamiento jurídico del Ecuador, en ciertas ocasiones, como es el caso de los juicios de alimentos, el interés superior del menor puede hacer que no haya cumplimiento del respeto al debido proceso,

entendiendo que esto no sucede en todos los casos a nivel general sino en casos puntuales.

He ahí que al hablar del debido proceso reconocido en la Constitución del Ecuador, se afirma en su artículo 11 numeral 6 que "el ejercicio de los derechos se rige por la necesidad de argumentar que todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía" (Constitución del Ecuador, 2008), algo que no se articula cuando se trata de velar por el interés superior del menor dejando de lado el principio de la defensa del demandado, cuando no es avisado a un tiempo prudencial o no estaba informado de que estaba demandado y debe pagar cuantiosas cantidades de pensión de alimentos que se encontraban retenidas desde el inicio del proceso judicial. Y es que aun cuando en el artículo 44 inciso primero de la Constitución del Ecuador en la que se indica que "el Estado, la sociedad y familia deben promover de manera prioritaria el desarrollo integral de los menores de edad, y asegurará el ejercicio de sus plenos derechos, en concordancia del interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas" algo que si bien asegura y garantiza el derecho del menor a precautelar su bienestar y calidad de vida, excluye en tanto a otros principios como el de la defensa, algo que parece no ser parte de un Estado democrático y de derechos o parece contradecirlo, pues se supone que TODOS los ciudadanos han de estar en igualdad de condiciones, algo que no se cumple propiamente en el artículo 44 de la Constitución antes descrito.

El derecho de la contradicción y oportunidad de la prueba para el alimentante en el juicio de alimentos

En lo que compete al artículo 8 de la Ley Reformatoria al Título V del libro II del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia define que "la pensión de alimentos debe ser cancelada desde la presentación misma de la demanda, siendo que el incremento se adeuda desde la presentación misma el incidente" (Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2009), es de esta forma que cuando se presenta la demanda el juez al avocar conocimiento, impone una pensión alimenticia, la misma que debe ser cancelada desde la fecha de la presentación de la demanda, totalmente independiente de la fecha en la cual califique y sea o no citada la persona demandada de manera inmediata, lo que da como resultado que se genere la acumulación de pensiones alimenticias "con retraso y mora" a favor del alimentario, las cuales han de cancelarse de forma inmediata por el demandado.

Una situación que deja en indefensión al demandado, puesto que se refiere a que la Constitución como Ley Suprema del Ecuador supedita al resto de normativas según el Artículo 22 numeral 19, literal c, en el cual se define que nadie puede ser privado de su derecho a la defensa, siendo una normativa que prohíbe rotundamente la indefensión (Constitución del Ecuador, 2008) , he ahí que existe una contradicción entre el interés superior del menor y la forma como se deja en indefensión al demandado, violentando por una parte su derecho a la defensa y también dando paso a anomalías del debido proceso.

De acuerdo a Tama (2012) describe que la indefensión es aquel estado de desventaja a nivel jurídico en el cual se encuentran las partes que intervienen en el proceso por motivo de la

injusticia que se comete por el Juez en el proceso como tal. Entonces al hablar de estado de indefensión involucra que el demandado cuando en el término de prueba el Juez por sí mismo no admite una o varias pruebas o solo le permite la actuación de pruebas específicas presentadas (…). En gran media entonces esto puede ser parte de la indefensión puesto que no se condiciona por la ley en tal manera debido a que la indefensión influye de manera poderosa y rotunda en la decisión de la causa como tal. Así también puede darse la justicia en torno de que se le ponga en situación condenatoria a la pérdida del juicio, por lo que se podía desconocer el más básico derecho que todo ciudadano dispone como lo es el de la defensa.

Entonces se puede hablar de un caso especial dentro del ordenamiento jurídico o en lo que compete a la norma como tal, puesto que se establece la circunstancia como tal de la oportunidad de la prueba y la indefensión de la parte demandada al definir que las pensiones alimenticias deben o inician con la acumulación desde la misma presentación de la demanda, esto se lo hace de forma independiente de que se el demandado sea o no citado, lo cual trae consecuencias jurídicas específicas.

Lo anterior indica que es posible garantizar el derecho a contradecir, puesto que este se genera en torno al acto solemne de la citación con la demanda propiamente, siendo un momento indispensable para contestar los hechos que se imputan y también con el fin de contradecir estos, pues puede darse el caso de que sea una (reconvención) lo que se ha de estipular en el mismo término que fije la ley. Sin embargo, al tratarse de materia de niñez y adolescencia queda totalmente prohibido, por la misma ley que le ampara, la contrademanda (reconvención) a la acción que se ha propuesto, esto a su vez se encuentra establecido en el artículo innumerado 34 de la ley reformatoria, objeto de estudio, de tal forma que el demandado puede anun-

ciar la prueba hasta en 48 horas antes de la fecha que ha sido fiada para la audiencia única y que se encuentra en base al Código Orgánico General e Procesos en el que se anuncia la prueba que se practica en audiencia única, diez días posteriores de haber sido citado con la demanda y en este caso la norma no garantiza la citación inmediata al demandado, lo que también amerita pensar que se genera una **subjetividad procesal,** esto a su vez implica que no se consideran otros aspectos como la falta de buena fe, o lo que se conoce como lealtad en el proceso por la parte actora, o también puede definirse como la ausencia de confiabilidad a la hora de la citación debido a la actuación de empleados de la empresa que emite la información o entrega la documentación de la citación.

Otra problemática se encuentra en la parte procesal normativa, en la cual se gestiona en la propia actuación de la parte actora ya que esta puede señalar el domicilio donde debe ser citado el demandado no es el adecuado, esto quiere decir que se fija una dirección no bien detallada donde se cita al demandado, lo que a su vez también es parte del error que se puede cometer y la imposibilidad de lograr su defensa ante dicha situación por falta de una citación correcta. Adicionalmente también se incluye el problema que surge cuando la parte demandante no da como referente una nueva dirección del demandado, y es de estas y otras formas como se puede dejar pasar uno, dos o más años para luego indicar el domicilio del demandado, algo que también puede dar lugar a la acumulación de pensión alimenticia.

Reforma legal propuesta para mejora de la situación de indefensión del demandado

Se sugiere reforma legal dentro del artículo 8 de la Ley Reformatoria al Título V del libro II del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia define que “la pensión de alimentos

debe ser cancelada desde la presentación misma de la demanda, siendo que el incremento se adeuda desde la presentación misma el incidente" (Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2009)

Sustitúyase "debe ser cancelada desde la presentación misma de la demanda"

Por "debe ser cancelada desde la notificación y citación comprobada con parte enviado por un juez de la niñez y adolescencia". Es decir que si el demandado no recibe de forma personal el parte de la demanda hecha por un juez de la niñez y adolescencia no correrá el tiempo para cobros de pensión alimenticia, garantizando con ello el debido proceso y la defensa de dicha parte.

Este hecho de no informarle al alimentante del juicio de alimentos mediante la correspondiente citación, ha sido analizado en la SENTENCIA N.° 007-14-SIS-CC, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, caso N.° 1541-12-EP, de fecha 09 de enero del 2014, en la cual si bien es cierto se resuelve negar la acción extraordinaria de protección que había planteado el demandado al haber sido citado en una dirección que a su decir era falsa y se entero a los dos años de haber sido planteada, se desarrolla ampliamente el derecho a la defensa y el debido proceso que debe precautelarse en los proceso, lo que es concordante con la sentencia Constitucional T-474/17 emitida por la Corte Constitucional de la República de Colombia, se realiza un análisis jurídico, que tiene similitud con las normas ecuatorianas, donde se deja claro, que el derecho a ser notificado con el inicio de una acción, es una garantía para poder exigirse el cumplimiento de una obligación, por ende, esta debe realizarse dentro de los plazos razonables. (www.corteconstitucional.gov.co/relatoria, 2017)

CONCLUSIÓN

Finalmente, se puede detallar que existe una contradicción del debido proceso y del principio de indefensión en cuanto al cobro acumulado de pensiones alimenticias al demandado aunque este no haya sido notificado con tiempo prudencial de forma anticipada, pues aunque el debido proceso implica la inclusión de la defensa por la parte demandada, para el caso de pensión de alimentos parece que esto no tiene precedente, y por supuesto que aunque se ha de anteponer el interés superior del menor, no se puede vulnerar o violentar uno de los principios básicos como el de la defensa, algo que da paso a la propuesta de mejora del del artículo 8 de la Ley Reformatoria al Título V del libro II del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia evitando indicar que la pensión alimenticia debe ser cancelada desde la presentación de la demanda, sino propiamente desde que el demandado recibe el parte de un juez de la niñez y adolescencia en su domicilio fijado por su parte o también siempre que se le haya notificado previamente y esto esté comprobado.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución del Ecuador. (2008). *Constitución del Ecuador.* Montecristi.

Corte Constitucional. (2015). *Sentencia N.220-15-SEP-CC.* Quito.

Cueva, L. (1993). *La Casación en Materia Civil.* Editorial Ecuador.

Ley Reformatoria al Título V. (2009). *Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.* RO 643.

Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. (2009). *Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.* Quito.

Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño.* RO 31.

Tama, M. (2012). *Defensas y Excepciones en el procedimiento civil.* Lima.

www.corteconstitucional.gov.co/relatoria. (17 de T-474 de 2017).

jurisprudencia

EMERGENCIA SANITARIA COVID 19

1. Antecedentes. Con el Dictamen No. 1-20-EE/20, de 19 de marzo de 2020, dentro del Caso No. 1.20-EE, la CC se pronunció favorablemente sobre el contenido del DE 1017, de 16 de marzo de 2020, con el que el Presidente declaró el estado de excepción por calamidad pública, por haber pasado el control formal y material de constitucionalidad.

2. Potestad presidencial y controles formales y materiales. Destacó la CC que los arts. 164, 165 y 166 de la CRE y 29 y 36 de la Ley de Seguridad Pública del Estado le atribuyen al Presidente para que establezca el estado de excepción. La exigencia formal que debe cumplir el Presidente es la identificación de los hechos y la causal invocada y justificar, con una construcción argumentativa, abordando aspectos fácticos y normativos, la decisión. La exigencia material implica que hayan ocurrido los hechos que motivaron la declaratoria del estado de excepción, es decir, que esté probada la existencia de la calamidad pública por la pandemia del Covid 19. Además, que los derechos que se limiten solamente sean aquellos contemplados en el Art. 165 de la CRE, esto es, los derechos a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información.

3. Suspensión de derechos al libre tránsito y a la reunión. La CC realiza un examen de proporcionalidad para justificar la restricción a los derechos de tránsito, de asociación y de reunión, y con ello proteger un derecho con expresa vinculación a otros, como es el derecho a la salud. Es deber primordial del

Estado garantizar el derecho a la salud consagrado en el artículo 32 de la CRE.

4. Fuerza Pública. Dado que el estado de excepción no se declaró por conmoción interna sino por calamidad sanitaria, el rol de las FFAA se lo fija por la CC en función de este tipo de emergencia, condicionando cualquier acción al respeto de los derechos fundamentales y al uso progresivo de la fuerza en cumplimiento a los parámetros de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad.

5. Funciones del COE. Al COE se la atribuyen funciones de coordinación de actividades estatales en caso de situación de emergencia y desastre. Se origina en la necesidad de optimizar recursos en la actividad de las entidades públicas, con el fin de lograr eficacia y eficiencia en los fines y metas propuestas en situaciones de emergencia y desastre.

6. Estado de excepción por conmoción interna en octubre 2019. Con Dictamen No. 5-19-EE/19, de 7 de octubre de 2019, dentro del Caso No. 5-19-EE, la CC tuvo varios matices diferentes en cuanto al rol que debían cumplir las FFAA para el restablecimiento del orden público.

ESTADO PLURINACIONAL, PLURALISMO JURÍDICO Y JUSTICIA INDÍGENA

1. Antecedentes. En el Dictamen No. 16-19-CP/20, de 8 de enero de 2020, dentro del Caso No. 16-19-CP, la CC negó la propuesta de consulta popular, presentada por el Presidente del Consejo Nacional de Justicia Indígena, para que se le pregunte a la ciudadanía sobre el nombramiento de jueces indígenas, que trabajen mancomunadamente con los fiscales indígenas dentro de un "ente público", y la entrega de asignaciones estatales. Además, para que se le disponga a la Asamblea que expida la respectiva ley.

2. Diseño constitucional deficiente. La CC aprovecha el margen que le ofrece el deficiente diseño institucional de la CRE sobre el Estado plurinacional para socavar el principio de unidad institucional, colocando las semillas para el debilitamiento del Estado nacional. Deja fuera del Estado unitario a la justicia indígena con una interpretación extensiva de los derechos colectivos y del pluralismo jurídico. Desarrolla de manera intensiva la noción de autodeterminación convirtiéndola en la esencia del Estado plurinacional, sabiendo que el destino de éste, animado por la autodeterminación, tiene dos objetivos contradictorios: por un lado, funcionar dentro del Estado nacional sin hacerlo colapsar, y, por otro, empujar hacia la disolución nacional. La CC no hace una opción por la unidad derivada del Estado nacional.

3. Exposición de motivos, considerandos y pregunta de la consulta. La CC recuerda que los considerandos no constituyen un requisito puramente formal sino que sirven para comprender el

fin que se persigue y delimitar los efectos de la consulta, de tal manera que se pueda conocer la "explicación puntual que sustenta la formulación de la pregunta" ***(Dictamen 10-19-CP/19)***. El peticionario presenta una exposición de motivos en lugar de considerandos. A pesar de haberse incumplido con el Art. 104 de la LOGJCC, la CC considera necesario pronunciarse sobre la pregunta, dividiéndola en dos partes: a) incorporación de la justicia indígena a la Función Judicial y b) nombramiento de jueces y fiscales indígenas con partidas presupuestarias asignadas para el efecto.

4. Derechos colectivos. La CRE reconoce el derecho de los pueblos indígenas para conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y para crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario (Art. 57), en concordancia con el Art. 8 del Convenio ¡69 de la OIT y 34 de la Declaración de las NNU sobre Pueblos Indígenas. El Art. 171 de la CRE, por su parte, determina que las autoridades de la justicia indígena ejercerán funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio. La CC, sin embargo, no distingue entre la justicia indígena como potestad y como derecho de los indígenas, quienes, al no ser sujetos de ese derecho, carecen de la posibilidad de apelar a que les juzgue su juez natural indígena.

5. Estatización de la justicia indígena. Para la CC, el sistema de administración de justicia indígena no debe ser incluido dentro del aparato estatal, pues, no cabe "estatizar la justicia indígena en los términos de un Estado nacional". Las justicias "estatal" e "indígena" "tienen sistemas jurídicos diferenciados". La asimilación institucional constituye una disconformidad con la esencia del respeto a las manifestaciones jurídicas de cada comunidad y "privarían de su autonomía al ser absorbidas por instituciones ajenas a su Derecho", según lo señalado en el Dictamen ***CC No. 5-19-RC/19***. "La creación de un ente público de justicia

indígena implicaría una restricción al derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas de conservar y desarrollar (…) las manifestaciones de su derecho a la autodeterminación".

6. Estado plurinacional y pluralismo jurídico. En el Estado plurinacional, consagrado en el Art. 1 de la CRE, dice la CC, "existen tantos sistemas jurídicos cuantos pueblos y nacionalidades indígenas coexisten en el territorio ecuatoriano". "Por más que la Constitución se refiere a la justicia indígena en singular, esta no constituye un sistema unitario, al contrario, la justicia indígena se caracteriza por una alta heterogeneidad", como se dijo en el Dictamen No. 5-19-RC/19.

7. Autodeterminación. Al asimilar la justicia indígena a la justicia estatal, sometiéndola a condiciones propias de los organismos estatales en cuanto al nombramiento de jueces y el acceso a partidas presupuestarias "alteraría y condicionaría el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas". En su reverencia a la autodeterminación de los pueblos indígenas, la CC invoca dictámenes anteriores ***No. 9-19-RC/19*** y 5-19-RC/19, sobre el derecho a la autodeterminación y a desarrollar formas propias de organización.

DEPORTACIONES, MIGRACIÓN Y CIUDADANÍA UNIVERSAL

1. Antecedentes. Con sentencia No. 159-11-JH/19, de 26 de noviembre de 2019, seleccionada dentro del Caso No. 159-11-JH, la CC revoca las decisiones de los jueces de instancia y apelación y procede a aceptar la acción de hábeas corpus deducida por el ciudadano cubano, José Olivera, dándole a la sentencia efecto inter partes para los derechos y las garantías tengan efecto útil, por no haber sido tuteladas por los jueces de instancia. Por subsistir el daño, declara inaplicable el Art. 25 (6) de la LOGJCC a fin de repararlo. Declara que se violaron los derechos constitucionales a migrar (Art. 40 CRE), a la libertad de movimiento (Art. 66:14 CRE), a la igualdad y no discriminación (9, 11 (2) inc 2, 66 (4) CRE), derecho a la privación de la libertad en condiciones de dignidad (Art. 17 de la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios). Además, declara que el Estado violó los derechos a la tutela judicial y al debido proceso (Arts. 75 y 76 CRE).

2. Hechos del caso. El señor Olivera fue detenido por policías, no pertenecientes a la Policía de Migración, cuando entregaba una factura de su actividad, el 20 de Enero del 2011, por permanencia irregular. Fue enviado a la Jefatura Provincial de Migración de Pichincha. Luego trasladado al albergue temporal "calabozo de migración", en la dirección Rio Coca de la ciudad de Quito; desde allí fue trasladado a un hotel para migrantes detenidos para que pueda gozar de mejores condiciones que en el calabozo. En audiencia administrativa respectiva se resolvió su deportación. Salió en libertad 45 días después. No se tomó en cuenta que había procreado un hijo con una ecuatoria-

na, con quien convivía (en unión de hecho), y que tenía como objetivo regular su condición migratoria con su visa vencida de 90 días, residiendo en el país 15 meses. Presentó una acción de Hábeas Corpus que le fue negada por los jueces de instancia y de apelación. Al momento de resolver la AEP, han pasado 10 años desde que el señor Olivera, de origen cubano, no ha podido legalizar su residencia en Ecuador.

3. Hábeas corpus, detención por infracción migratoria, condiciones para privar de la libertad, debido proceso y tutela judicial. El Art. 43, numeral 2, de la LOGJCC le permite a un extranjero que presente un recurso de hábeas corpus para no ser expulsado y devuelto al país donde teme persecución o donde peligre su vida, libertad, integridad y seguridad. Para la víctima ese recurso era adecuado y eficaz. Sin embargo, el juez que conoció el recurso no tuteló sus derechos a pesar de haber reconocido la ilegalidad y arbitrariedad de la detención al no haberse exhibido la orden de privación de la libertad emitida por un juez competente. El inicio del proceso de deportación, posterior a la detención, no era una razón válida para no conceder la acción de hábeas corpus. Antes de que se iniciara una investigación se lo detuvo, cuando en Ecuador no se puede detener para investigar si hubo o no delito o infracción de ley. La prueba de una detención legal corresponde a la fuerza pública. Los agentes de detención deben demostrar que se detuvo a la persona en delito flagrante o con boleta de juez competente. La ausencia de la autoridad policial en la audiencia de hábeas corpus y la falta de exhibición de la orden de privación de la libertad eran razón suficiente para conceder el hábeas corpus. La Policía Nacional ejerce competencias y no derechos ***(Sentencia CC 282-13-JP/19),*** pues, los derechos en debate eran los de la víctima de la detención. El señor Olivera no recuperó su libertad por una inadecuada aplicación del derecho por parte de los jueces de primera y segunda instancia que, de esa manera, violaron el derecho a la tutela judicial efec-

tiva. La detención procede cuando alguien comete un delito flagrante o cuando existe orden judicial. "Sólo hay dos formas permitidas para privar de la libertad a una persona, nacional o extranjera: orden de juez competente y delito flagrante". En pleno ejercicio de su libertad de movimientos, es decir, ejerciendo su derecho constitucional a transitar libremente (Art. 66 (14) CRE), le fueron solicitados sus documentos y fue trasladado, por su condición migratoria, a la Jefatura Provincial de Pichincha. No estaba cometiendo ningún delito flagrante. La infracción de una norma administrativa, como es el incumplimiento de una regulación migratoria (Ley de Migración, actualmente derogada), no puede ser tratada como una infracción penal. El proceso de migratorio de deportación no debe tener las características del proceso de investigación penal. Si fuera así, se configuraría una "criminalización por la condición migratoria".

4. Estado, soberanía, migración y derechos. En la CRE se ha pasado de un "asunto propio de la soberanía estatal y la seguridad nacional, en la que las personas eran objeto de control, a una perspectiva del sujeto de derechos, en el que el Estado es garante", en materia de política migratoria. En el Art. 40 de la CRE se reconoce el derecho a migrar. Los Estados tienen la potestad de determinar su política migratoria, siempre limitada por el respeto a los derechos humanos, de los cuales son titulares los extranjeros, con la única salvedad de los derechos políticos. La potestad estatal de deportar tiene límites, entre ellos, los vínculos familiares y necesidad de protección del extranjero para proteger su vida, libertad o seguridad. El migrante no debe ser visto como una categoría sospechosa. Es importante conocer las diferentes respuestas dadas, desde los Estados nacionales, a aquellos individuos que no pertenecen "de derecho" a una comunidad política, pero que se encuentran "de hecho".

5. Reparación directa. La CC decidió determinar directamente el monto de la compensación económica, eludiendo la aplicación del Art. 19 de la LOGJCC en cuanto a la vía contenciosa administrativa. Para ello, invocó los principios de simplificación, eficacia, simplicidad, celeridad y economía procesal del Art. 169 de la CRE. Hizo el cálculo de los 630,24 USD que debía recibir para compensarle por el tiempo que dejó de trabajar mientras estuvo detenido. También le otorgó otorga la nacionalidad ecuatoriana por naturalización al señor Olivera, sin costo alguno, si ha cumplido los requisitos constitucionales y legales.

6. Ciudadanía universal y Consejo de Igualdad y Movilidad Humana. La CC justifica la existencia del Consejo Nacional de Igualdad y Movilidad Humana y de las delegaciones en el exterior de la Defensoría del Pueblo para proteger los derechos de las personas en movilidad. Destaca, además, que la ciudadanía universal es un principio de las relaciones internacionales del Ecuador. De este modo, la CC se alinea con una perspectiva que limita significativamente el ejercicio de las políticas migratorias.

PRISIÓN PROVISIONAL Y PLAZO RAZONABLE

1. Antecedentes. La CorteIDH, en sentencia de 3 de febrero de 2020, en el caso Carranza Alarcón versus Ecuador, condenó al Estado ecuatoriano declarándolo responsable por la violación de los derechos a la libertad personal y a las garantías judiciales, en perjuicio de Ramón Carranza, disponiendo que se le pague la indemnización por daño inmaterial.

2. Hechos del caso y tiempo de la privación de la libertad. El 17 de agosto de 1993, el Comisario a cargo de la estación policial del cantón Yaguachi ordenó instruir sumario y dictó auto cabeza de proceso contra el señor Carranza. Esto guarda relación con un hecho acaecido dos días antes en los que un hombre perdió la vida después de recibir impactos de bala. El Estado reportó el 15 de agosto de 1993 que Carranza y otra persona vinculada con los hechos estaban fugadas. El Comisario ordenó la detención preventiva en contra de ambos, con base en el artículo 177 del derogado Código de Procedimiento Penal que establecía los supuestos dentro de los cuales se podía ordenar prisión preventiva: cuando existan a) indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad; y b) indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso. El 1 de octubre de 1993, el Comisario acudió ante el Juzgado 11º de lo Penal del Guayas, el cual avocó conocimiento del proceso por asesinato el 28 del mismo mes. El Juzgado confirmó la prision preventiva y solicitó a la Policía Nacional adoptar medidas para lograr la captura. En noviembre de 1994, Carranza fue detenido y expresó que los funcionarios policiales no exhibie-

ron orden de prisión, adujo estar incomunicado por más de 24 horas, sin asistencia de abogado y que fue interrogado bajo "presión psicológica". A partir del 6 de diciembre de 1994, Carranza ejerció su derecho a la defensa dentro del proceso penal. El 11 de septiembre de 1995, Carranza presentó un escrito al Juzgado, manifestando que se encontraba recluido durante 10 meses y solicitando su liberación, esta solicitud no tuvo respuesta. Concluido el sumario, el 4 de marzo de 1997, el Fiscal emitió su dictamen, manifestando que Carranza había tenido participación en un "hecho criminológico" de homicidio. Con el dictamen acusatorio del fiscal, el 15 de diciembre de 1998, el Tribunal Penal dictó sentencia condenatoria contra Carranza, imponiéndole una pena de seis años de reclusión menor, contra lo cual Carranza no presentó recurso alguno. El 29 de marzo de 1999, el Tribunal Penal señaló que Carranza había cumplido la pena de seis años de reclusión menor, con 755 días de rebaja que se le habían concedido. El 6 de abril del mismo año se remitió al Centro de Rehabilitación Social de Guayaquil la boleta de libertad de Carranza.

3. Plazo razonable. El artículo 177 del Código de Procedimiento Penal establecía como único requisito para ordenar prisión preventiva, la existencia de indicios de responsabilidad por un delito. Con respecto a esto, la ComisiónIDH manifestó que no tenía "fines procesales" y consideró a dicho artículo, arbitrario. Consecuentemente la decisión tomada en base a este artículo también fue considerada arbitraria. Se detectaron también demoras significativas en el impulso del proceso por lo que la Comisión entendió que se vulneró el derecho del procesado a ser juzgado en un plazo razonable. La CorteIDH expresa que, a pesar de existir métodos y causas de encarcelamiento calificados por la ley, debe considerarse que no sean incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser irrazonables, imprevisibles y faltos de proporcionalidad. En efecto, la ley interna, el procedimiento

aplicable y los principios generales expresos o tácitos deben ser compatibles con la Convención. Bajo esta premisa, lo arbitrario no necesariamente es contrario a la ley y por tanto se deben considerar otros elementos como incorrección, injusticia e imprevisibilidad. El artículo 7.5 de la Convención establece que la persona detenida debe ser: "juzgada dentro de un plazo razonable" o "puesta en libertad" y se complementa con que la libertad podrá ser condicionada a "garantías que aseguren la comparecencia en el juicio". Por tanto, aunque existan razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el articulo 7.5 de la Convención garantiza que sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable. Para garantizar que esta medida cautelar no atente contra los derechos de los procesados, las actuaciones procesales deben ser resueltas bajo el principio del "plazo razonable" establecido en los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana. La CorteIDH ha manifestado que para considerar un plazo como "razonable" se toma en cuenta la duración total del proceso desde el primer acto procesal hasta la sentencia definitiva y analizando cuatro elementos: i) la complejidad del asunto; ii) la actividad procesal del interesado; iii) la conducta de las autoridades judiciales y iv) la afectación generada por la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. La Corte considera entonces, que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. El mantener privada de la libertad a una persona más allá del límite de lo razonable se entenderá como una pena anticipada.

4. Prisión preventiva es excepcional. La CorteIDH considera a la prisión preventiva como la medida más severa que se puede imponer a la persona imputada, por lo cual debe aplicarse excepcionalmente. Los límites de la prisión preventiva son la presunción de inocencia y los fines legítimos que el juzgador debe determinar de manera objetiva. El artículo 7.3 de la Convención determina que para evitar la arbitrariedad de la prisión preventiva, se deben cumplir los siguientes parámetros:

i) existencia de elementos para formular cargos o llevar a juicio; ii) que la finalidad sea compatible con la Convención, procurando que la persona no impedirá el desarrollo del procedimiento, ni eludirá la acción de justicia y que las medidas sean idóneas, necesarias y proporcionales respecto de tal fin y iii) que la decisión contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas. Así también, la prisión preventiva debe someterse a una revisión periódica, con el propósito de evaluar si debe mantenerse o si ha sobrepasado los límites que establece la ley y la razón. De contravenir estos elementos, deberá dictarse libertad. En el caso de Carranza, la CorteIDH determinó que la prisión preventiva duró lo mismo que el proceso penal por lo que se vulneraron los artículos citados de la Convención.

5. Daños materiales e inmateriales. La CorteIDH define a los daños materiales como la pérdida de ingresos de las víctimas y los gastos efectuados relacionados con los hechos del caso. Por otra parte, los daños inmateriales se enmarcan en el sufrimiento y la aflicción generada por los hechos relacionados al caso; estos daños pueden ser objeto de compensación para la reparación integral de la víctima. En el presente caso, no se determina un detrimento justificado de ingresos de la víctima, por lo que no se establece un daño material. En el caso de los daños inmateriales, las violaciones a la libertad y las garantías judiciales sí configuran una reparación integral, que en este caso es de veinticinco mil dólares de indemnización. En el caso de honorarios, la CorteIDH expresa que se debe disponer el reintegro de costas y gastos efectivamente producidos dentro de este caso. Además, manifiesta que el eventual reintegro de costas y gastos se realizará con base a las erogaciones debidamente demostradas ante la Corte.

DERECHO A LA SALUD, IESS Y MUJER EMBARAZADA

1. Antecedentes y medidas de reparación integral. Mediante Sentencia No. 904-12-JP/19, de 13 de diciembre de 2019, dentro del Caso No. 904-12-JP, la CC ratificó la declaración de vulneración de derechos constitucionales a la atención prioritaria (35 y 43 CRE), a la salud (32 CRE) y a la seguridad social (34 y 367 CRE), efectuada en las sentencias de los jueces de instancia y apelación de El Oro, que aceptaron la acción de protección presentada por la señora Nole Ochoa, en su condición de afectada por la deficiente atención médica que recibió al dar a luz a su hijo, primero en el hospital del Iess, y, luego, en el hospital Teófilo Dávila**.** La CC seleccionó las sentencias y pronunció su sentencia, con el efecto de jurisprudencia vinculante, según lo dispuesto en los arts. 436, numeral 6, de la CRE y 25 de la LOGJCC. La reparación integral consistió en el pago del valor de los gastos por parte del IESS a la afectada, de acuerdo con la liquidación que realice la justicia contencioso administrativa, además, en equidad, la entrega de 5.000 USD a la víctima por parte del IESS como daño inmaterial, y, como medidas de satisfacción, la publicación disculpas, la difusión del contenido de la sentencia, por 6 meses, en el Sistema Nacional de Salud. Como medida de no repetición, la CC ordenó que el IESS y el MSP elaboren una guía integral de atención a las mujeres embarazadas y, además, que elaboren un plan de revisión técnica para verificar que los establecimientos de salud pública y privados cuenten con "todas las condiciones necesarias para atender a las mujeres embarazadas" antes y después del parto, debiéndose los resultados "ser informados a la CC en el plazo de un año".

2. Exigencias para el Sistema Nacional de Salud. En la medida de satisfacción ordenada por la CC se aprecia la decisión de ésta de conocer el estado de la infraestructura hospitalaria, en hospitales públicos y privados, para la atención de mujeres embarazadas, antes y después del parto. Si bien la CC sólo espera un informe del estado de la infraestructura, al desarrollar el contenido de los derechos que le fueron vulnerados a la afectada pone énfasis en la calidad de los servicios de salud como condición para la garantía efectiva de ellos. Es decir, las deficientes condiciones de la infraestructura hospitalaria pública, al igual que la infraestructura privada, darían lugar a acciones constitucionales de las afectadas, en el caso de embarazos y partos. Sin decirlo explícitamente, la CC impone obligaciones patrimoniales al Estado y a los particulares de la salud para que cuenten con infraestructuras hospitalarias de calidad para atender a embarazadas.

3. Hechos y drama de la embarazada. La señora Ochoa llegó al hospital del IESS de Machala el 21 de mayo de 2011, a las 23 horas, con dolores de parto. No fue atendida a tiempo. El siguiente día, a las 04h30 horas, fue trasladada al hospital Teófilo Dávila. Ella relata, en resumen, hechos tan dramáticos como los siguientes: "fui trasladada al mencionado hospital (Dávila) en una ambulancia con oxígeno, al llegar me colocan en una camilla y nadie quería atenderme y la obstetra dijo: me la mandan acá para qué, para que esta señora muera aquí y para echarle la culpa al hospital, llévensela…, ella mencionó que haría una excepción y estuve tres días internada con sondas, después de ahí yo salí, y fui a la casa". Sobre la atención en el hospital del Iess había dicho: "se me vino mi bebé que en un acto normal de madre le cogí el bracito para que no se caiga ya que ese rato la Doctora y su compañero se estaban recién poniendo los guantes, no es verdad que me proporcionaron un ginecólogo y me realizaron intervención quirúrgica". En definitiva, dijo que no se le prestó la atención debida porque había retraso en el aporte del empleador al Iess.

4. Mora patronal. La CC señala que "la exigencia de mora patronal no tiene sustento normativo alguno". La Ley de Seguridad Social expresamente establece que no se puede dejar de atender a una persona afiliada por mora patronal. El Hospital del IESS, al exigir el pago patronal para atender un parto y alumbramiento, al no haber impedido que la funcionaria se abstenga de pedir requisitos impertinentes para brindar atención y al haber derivado la atención de una mujer embarazada con complicaciones a otro hospital, incumplió su obligación de protegerla; por lo tanto no cumplió con el derecho a la salud.

5. Elementos y obligaciones de la salud como derecho y prestación del servicio público *(Arts. 3:1 y 32 CRE)*. Los 4 elementos son los siguientes: **Disponibilidad:** en donde el Estado debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios, centros de atención de salud, personal médico y profesionales capacitados. **Accesibilidad:** Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación que implica no tener trabas económicas y tener acceso a la información acerca de las cuestiones relacionadas con salud. **Aceptabilidad:** todos los establecimientos y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y sensibles a los requisitos del género y ciclo de vida y respetar la confidencialidad. **Calidad:** se debe contar con personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados en condiciones sanitarias adecuadas. Las 3 obligaciones son las siguientes: **Respetar:** los Estados se abstengan de impedir directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. **Proteger:** los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías previstas. **Cumplir:** los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud.

6. Derecho a la seguridad social *(Arts. 34 y 367 CRE)*. Incluye este derecho la prestación de atención de salud y la protección durante el embarazo y la atención a la maternidad, de conformidad con el Art. 369 de la CRE. Además, el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente. La señora Nole Ochoa fue tratada de forma discriminatoria al exigirle que para tener derecho a la cobertura, debía estar al día con el pago de las obligaciones patronales. El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, debe conceder las prestaciones por enfermedad, maternidad, auxilio de funerales y el fondo mortuorio a todos los asegurados que hayan cumplido las condiciones establecidas en esta Ley y sus reglamentos, aun cuando sus patronos estén en mora. Por tanto el hospital del IESS al tratarle a la señora de forma negligente durante el parto y alumbramiento y negarle la atención hospitalaria post parto, violó su derecho a la seguridad social.

HABEAS CORPUS CORRECTIVO, PRESOS Y SALUD

1. Antecedentes. En la Sentencia No. 209-15-JH/19, de 12 de noviembre de 2019, dentro de los casos acumulados No. 209-15-JH y 359-18-JH, que fueron seleccionados por la CC, esta Corte ratifica las decisiones judiciales de las cortes provinciales de Manabí y de Napo, que aceptaron los recursos de hábeas corpus presentados por Ángel Santana, privado de su libertad con prisión preventiva por el delito de abuso de confianza y auto de llamamiento a juicio, en Manabí, enfermo de insuficiencia renal crónica y Franklin Tutaxi, sentenciado por violación en Napo, enfermo de cáncer de próstata. Con la aclaración que los precedentes contenidos en la sentencia tienen efectos vinculantes, la CC precisa que su sentencia no tiene efectos para los casos en concreto, dado que los jueces que tramitaron los recursos de hábeas corpus garantizaron el estado de salud del procesado en Manabí y del condenado en Napo.

2. Precedentes. La CC determina las siguientes reglas vinculantes que deberán observar los operadores de justicia en el caso de personas que se encuentren privadas de la libertad personas con enfermedades catastróficas**: A)** Es competencia de los juzgadores disponer de manera inmediata que las personas privadas de libertad accedan a los servicios de salud o de otras medidas alternativas, en el mismo centro de privación de libertad o afuera, siempre y cuando no se pueda brindar las facilidades necesarias dentro del mismo. **B)** El Estado se encuentra en una posición especial de garantista de los derechos de las personas privadas de libertad en los distintos centros de privación de libertad que integran el sistema de rehabilitación social

a nivel nacional, sin exclusión alguna en razón de su tipología. **C)** La acción de hábeas corpus puede ser activada para corregir situaciones lesivas al derecho a la salud de la persona privada de libertad y disponer la atención médica inmediata que sea necesaria.

3. Hábeas Corpus Correctivo. Procede frente a los actos lesivos e incluso frente a amenazas a los derechos a la vida, a la integridad y a la salud. El efecto que persigue este tipo de hábeas corpus no es la libertad sino corregir situaciones lesivas a tales derechos en contra de las personas privadas de la libertad. El hecho de estar privado de la libertad, bajo cualquier modalidad y específicamente procesado con prisión preventiva o condenado a pena de privación efectiva de la libertad (prisión o reclusión) no implica una resignación de los derechos a la salud. El régimen penitenciario debe asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos, implementando medidas de prevención, recuperación y rehabilitación de la salud.

4. Violación del derecho a la salud en las cárceles. Los privados de la libertad son parte de un grupo de atención prioritaria según el Art. 35 de la CRE y deben contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud de conformidad con el Art. 54:1 de la CRE. La CC precisa que se vulneran los 4 elementos del derecho a la salud en las cárceles cuando existe discriminación, inaccesibilidad física, inaccesibilidad económica e inaccesibilidad de la información. La CC reconoce las "falencias existentes en consecuencias de la falta de atención e insumos médicos en los centros penitenciarios", de igual manera reconoce que "no todos los centros de privación de libertad cuentan con las facilidades necesarias para cubrir los distintos padecimientos físicos y mentales de las personas privadas de libertad", por lo que no se justifica que el detenido carezca o goce de los derechos antes mencionados, debiendo el Estado garantizar y proveer de espacios y profesio-

nes para el tratamiento de las personas privadas de libertad .
5. Hechos de los dos casos. El señor Angel Laurentino Santana Macías no podía ser tratado en la cárcel de su enfermedad de insuficiencia renal crónica, porque no había dentro del centro carcelario una unidad en la que pueda realizarse su tratamiento de diálisis tres veces por semana con una recuperación post-hospitalaria en la que le permita estabilizarse y al no contar el centro penitenciario con personal ni unidades médicas que garanticen el tratamiento a su enfermedad y al encontrar incongruencia entre el auto de llamamiento a juicio y la resolución por escrito del Juez de primera instancia, la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí aceptó la acción de habeas corpus y dispuso la inmediata libertad del legitimado activo. También solicitó la suspensión del proceso seguido en su contra y por cumplir con los requisitos del Art. 37 del Código de Procedimiento Penal (vigente al momento de la tramitación de la causa) el Tribunal de Garantias Penales de Manta aceptó la solicitud y declaró la extinción de la acción penal y dispuso la cancelación de todas las medidas cautelares dictadas por el juez de instancia. El señor Franklin Wenseslao Tutaxi Chango, por su parte, tuvo que ser autorizado a salir de la cárcel para poder ser tratado de cáncer prostático, por lo que la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Napo aceptó la acción de hábeas corpus disponiendo que el Juez de Garantias Penitenciarias ordene inmediatamente la atención médica especializada del sujeto activo Franklin Wenseslao Tutaxi Chango mediante calendario médico remitido por el Hospital Eugenio Espejo y el Ministerio de Salud, decisión que fue apelada solicitando el recurrente la sustitución de la pena impuesta por el arresto domiciliario, solicitud que fue rechazada indicándose dentro de la resolución que el juez aquo actuó según sus competencias y en atención de las necesidades médicas del recurrente.

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD POR PARTICULARES. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

1. Antecedentes. En la sentencia No. 166-12-JH/20, de 8 de enero de 2020, en el Caso seleccionado No. 166-12-JH, la CC ratifica la sentencia de instancia del Juez de El Oro que aceptó la acción de hábeas corpus para ordenar la libertad inmediata de Lauro Luna, recluido, sin su consentimiento, en un centro de adicciones privado.

2. Hechos del caso . El afectado fue detenido en la vía pública, en una cancha del cantón Pasaje, y conducido al centro de adicciones particular "FUNDACION SANTO ANTONIO DE PASAJE"**.** Su sobrina había firmado en la hoja de ingreso. Por ello, su hijo actuó como accionante de la acción de hábeas corpus, alegando que su padre se encontraba privado de su libertad en contra de su voluntad**.** El accionante manifestó: "(…) sujetos aun no identificados con pasa montañas, a bordo de una camioneta doble cabina, color plateada, empezaron con amenazas de muerte, insultos, maltratos y con esposas han procedido a llevarse en contra de la voluntad de mi padre, hasta la clínica de Rehabilitación para Alcohólicos y Drogadictos". El Director del Centro había manifestado que: "no lo va dejar salir de este centro, que ya desde el exterior le habían depositado 1400 dólares y que él tiene que cumplir con su contrato de internamiento". En la ficha clínica consta que Lauro Luna tiene la autorización de su sobrina para recibir tratamiento por "trastorno de conducta, defecto de carácter, crisis, alcoholismo y drogadicción". Ese documento, al igual que el contrato de internamiento, fueron firmados por la sobrina.

3. Precedente. La privación de la libertad y las condiciones de la privación de libertad por ate de particulares puede darse en cualquier lugar en el que se impida la libre disposición de la libertad ambulatoria y los jueces deberán determinar su justificación constitucional y legal de acuerdo con el contexto y las características de cada caso. La privación de la libertad es ilegal, arbitraria o ilegítima cuando se atenta contra la autonomía de la voluntad de la persona afectada. En la audiencia de hábeas corpus deberá ordenase la comparecencia de la persona privada de la libertad y, en caso de que no sea presentada, se dispondrá su libertad inmediata. La persona afectada debe ser escuchada en la audiencia de la garantía constitucional para que exprese su voluntad de permanecer o no. El libre consentimiento tiene que ser considerado al momento de resolver el hábeas corpus. En caso de dudas sobre la privación de la libertad, se interpretarán los hechos y el derecho en el sentido que más favorezca a la libertad. En los casos en que se considere que se ha violado el derecho a la libertad, en el hábeas corpus el juzgador deberá disponer la libertad o determinar las medidas para dignificar la privación de la libertad. La privación o restricción de la libertad llevada a cabo por los particulares puede darse en cualquier lugar (domicilio, hospital, colegio, lugar público), que conlleve que la persona, contra su voluntad, no pueda ejercer su libertad de movimiento. El hábeas corpus es una garantía adecuada para supervisar las condiciones de privación y restriccion, inclusive en los lugares de privación, aún cuando haya existido consentimiento libre e informado del recluido.

4. Privación de la libertad por particulares y hábeas corpus. Personas que no ejercen poder punitivo del Estado, es decir, particulares, pueden privar de la libertad a un particular en forma legal y legítima, debiendo justificar la privación de libertad**.** La acción de hábeas corpus es adecuada para verificar que sea justificada. Deben ser óptimas las condiciones de privación y restricción de la libertad en lugares considerados privados.

5. Autonomía de la voluntad (ver párrafos 19 a 28) El derecho a la autonomía, consagrado en el Art. 66 (29) (d) de la CRE, es el parámetro para saber si la privación de la libertad está justificada sobre la base del consentimiento libre de quien ha aceptado que particulares le priven de la libertad. La autonomía tiene dos dimensiones, dimensión positiva: en donde las personas pueden hacer lo que creyeren conveniente y la dimensión negativa: por la que pueden abstenerse de actuar o no hacer. En la causa que origina esta sentencia de revisión de derechos y garantías, la persona afectada no se encontraba en situación de incapacidad ni tampoco de los hechos del caso se desprende que estaba en condiciones de salud que hacían imposible expresar su consentimiento. Por lo tanto, corresponde al Juez constatar el consentimiento libre e informado de la persona privada de libertad para determinar si hay justificación o no de la privación de libertad.

CONTRALORÍA, CADUCIDAD, GLOSA, MOTIVACIÓN Y DEBIDA DILIGENCIA

1. Antecedentes. La CC dictó la Sentencia No. 200-13-EP/20, de 22 de enero de 2020, dentro del Caso No. 200-13-EP, para negar la AEP presentada por la CGE en contra de la sentencia No. 12-2013, de 9 de enero de 2013, de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la CNJ, dentro del recurso de casación No. 339-2009. La CC determinó que la sentencia se encontraba debidamente motivada por cuanto los jueces aplicaron las normas legales pertinentes a los antecedentes de hecho para declarar la caducidad, al haberse cumplido el plazo fatal de los 5 años del Art. 71 de la LOCGE, antes Art. 353 de la LOAFYC.

2. Hechos. La CNJ, en la sentencia No. 12-2013, de 9 de enero de 2013, al negar la casación planteada por la CGE, consideró que el motivo de la glosa fue la orden de pago de un bono profesional aprobada, mediante instructivo dictado por la máxima autoridad de la entidad examinada, el Director General del IESS, en 1991. Los pagos se realizaron entre 1991 y 1998. La CGE realizó el examen respectivo, con corte al 31 de agosto de 1997, y, el 24 de abril de 1998, habría sugerido, por escrito, que se haga el descuento de los valores del bono profesional. La glosa se notificó el 24 de enero de 2002. La Sala Especializada de la CNJ resolvió que el plazo de 5 años de la caducidad debía contarse desde 1991, cuando *"nace el acto que se señala como fuente del pago presuntamente injustificado"*, y no desde 1998, cuando, a criterio de la CGE, el Director del Seguro Campesino no impartió la orden para que los profesionales devuelvan los valores percibidos por bono profesional. La CGE pretendía que

el tiempo se cuente desde el corte del examen, el 31 de agosto de 1997, hasta la notificación de la glosa, el 24 de enero de 2002, a fin de el resultado del cómputo arroje 4 años 7 meses. El TDCA, el 9 de febrero de 2009, aceptó la demanda presentada por el señor Alberto Calle, ex directivo del Iess, el 4 de junio de 2004, y declaró ilegal la resolución No. 7148 de la CGE, por haber operado la caducidad del Art. 71 de la LOCGE, de pleno derecho. La CNJ desechó el recurso de casación interpuesto por la CGE.

3. Glosa es acto de mero trámite y contabilización del tiempo de la caducidad. Dado que la glosa no es sino un acto de mero trámite, no puede ser el límite temporal para computar el tiempo de la caducidad. Con la glosa se le hace saber al funcionario examinado la "predeterminación" de una responsabilidad civil culposa, a fin de que la "conteste" y "presente pruebas", en un plazo de 60 días (Art. 53 (1) LOCGE). El acto administrativo aparece después de la glosa con la resolución que determina la responsabilidad civil culposa. Dentro del plazo de 180 días, contado desde el día hábil siguiente al de la notificación de la predeterminación o glosa, se debe emitir la resolución que confirme o desvanezca total o parcialmente la predeterminación (Art. 57 LOCGE). La resolución se ejecutoría cuando no hubiere sido impugnada ante el TDCA en el término legal y cuando se hubiere resuelto definitivamente el recurso de revisión (Arts. 58, 63 y 70 LOCGE). El tiempo de la caducidad se cuenta desde que, encontrándose en firme el acto, es notificado. La CNJ deja en claro que el acto causante de la responsabilidad civil culposa es el que desencadena lo que sucede posteriormente en materia de pagos y recuperaciones, por lo que su fecha de origen, 1991 en el caso analizado, es la que debe servir como inicio del tiempo de la caducidad, aunque también se podría considerar el 31 de agosto de 1997, fecha de corte del examen, siempre que el acto causante u originario haya ocurrido dentro del período examinado. La fecha final no es la de la notificación de la glosa

sino la notificación de la resolución final de la CGE, que, en el caso analizado, se la dictó el 9 de febrero de 2004 y se la notificó el 20 de febrero de 2004. Entre el 31 de agosto de 1997 y el 20 de febrero de 2004 habían transcurrido 6 años y 6 meses, y, considerándose el año 1991, más de 12 años. Hasta 1997 estuvo vigente la norma según la cual el tiempo de caducidad era de 5 años. El 2009 se reformó el Art. 71 de la LOCGE y se aumentó de 5 a 7 años el tiempo de la caducidad.

4. Debido proceso y motivación. La CC dijo que no se vulneró el derecho al debido proceso porque la CGE pudo impugnar la sentencia del TDCA. Además, señaló que las sentencias impugnadas del TDCA y de la CNJ estuvieron motivadas, según los parámetros establecidos en la *sentencia* ***CC No. 609-11-EP/19***, por cuanto los juzgadores no sólo enunciaron las normas jurídicas o los antecedentes de hecho sino que efectuaron un juicio lógico para explicar de manera fundamentada las razones para la aplicación del Art. 71 de la LOCGE al antecedente de hecho y, además, las conclusiones derivadas de tal aplicación. La CC reitera lo que dijo en la *sentencia* ***392-13-EP/2019***, esto es, que no le corresponde valorar el acierto o desacierto de las razones jurídicas expuestas en la sentencia objeto de la AEP.

5. Debida diligencia y tutela judicial. La CC señala que la CNJ y el TDCA no desconocieron los tres elementos de la tutela judicial: acceso, debida diligencia y ejecución judicial, señalados en las *sentencias CC* ***1943-12-EP/19 y 0935-13-EP/19***. En especial, destaca que en esas sentencias impugnadas se respetó la debida diligencia por cuanto los jueces de instancia y de casación proporcionaron una respuesta fundada en derecho a las pretensiones formuladas y resolvieron mediante una sentencia motivada. Cuando existe motivación debida, es decir, debido proceso, se garantiza la debida diligencia, esto es, la tutela judicial efectiva.

REGLAS A LA COACTIVA DE LA LODDL

1. Antecedentes y efectos de norma derogada. La CC, en la sentencia No. 22-13-IN/20, de 9 de junio de 2020, declara la constitucionalidad condicionada del Art. 1 de la Ley Orgánica para la defensa de los derechos laborales (LODDL), publicada en el R.O. s 797 de 26/09/2012. Este Art. 1 había sido derogado por el Art. 46 de la Ley de Orgánica para el Fomento Productivo, publicada en el R.O. s 309 de 21/08/2018. La CC recuerda, invocando el Art. 76, numeral 8, de la LOGJCC, que puede declarar la inconstitucionalidad de normas derogadas cuando tienen el potencial de producir efectos contrarios a la CRE después de la derogatoria, al configurarse el fenómeno jurídico conocido como ultraactividad de la ley derogada (Ver Sentencia No. 15-18-IN/19). Inclusive, el PGE, con un pronunciamiento vinculante, había señalado que la derogatoria "rige a partir de su publicación en el R.O. hacia el futuro y por tanto no afecta a las situaciones jurídicas anteriores" (Oficio 02514 de 30/0172019). Antes de su derogatoria, el Art. 1, inciso primero, de la LODDL, fue reformado, sólo en el nombre pero no en el contenido, en la disposición reformatoria 19na del COGEP y, con una exclusión a los accionistas de las compañías anónimas inscritas en el catastro público del mercado de valores, en la disposición reformatoria 4ta de la Ley para la reestructuración de deudas de la Banca Pública y Banca Cerrada (R.O. 986 s 18/04-2017). El Art. 1, en su primer inciso, facultaba que las instituciones del Estado ejercieran la jurisdicción coactiva en contra del obligado principal y , subsidiariamente, en contra de todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos, y, en el caso de personas jurídicas usadas para defraudar, en contra de las personas naturales del último nivel de propiedad para

que respondan con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador. Además, en su segundo inciso, autorizaba que dispongan medidas precautelares en contra de los obligados principales y subsidiarios y los demás mencionados en el primer inciso, así como respecto de los bienes de terceros por indicios de que ocultan los nombres de los obligados principales y subsidiarios.

2. Constitucionalidad condicionada. La CC declara la constitucionalidad condicionada del art. 1 de la LODDL, "siempre y cuando la disposición se la interprete de este modo": A) Las medidas excepcionales en contra del patrimonio de terceros ajenos al proceso coactivo la "autoridad administrativa o jurisdiccional competente debe imponerlas con sumo cuidado y prudencia, bajo una adecuada motivación"; B) dentro de un procedimiento coactivo o en fase de ejecución de un proceso laboral, la imposición de una medida en contra de los bienes de un tercero, "se realizará de forma subsidiaria al deudor principal", y deberá "preceder una declaratoria judicial ejecutoriada que determine el cumplimiento de dicha condición", esto es, "el abuso del derecho o fraude en un acto jurídico o contrato"; C) deberá "preceder una sentencia o decisión ejecutoriada emitida dentro de una acción de develamiento societario o dentro de otro proceso jurisdiccional alternativo", en el caso del "abuso de la personalidad jurídica"; D) en forma imprescindible, tanto los terceros como los socios o accionistas en contra de quienes se dicten las medidas, "hayan sido parte de los procesos de determinación de fraude o abuso de derecho o de la acción de levantamiento de velo societario". La CC precisa que "la declaratoria no está sujeta a la fecha de inicio de un proceso sino al momento en que la autoridad administrativa o judicial debe interpretar y aplicar la norma jurídica en cuestión" (ver sentencia 1121-12-EP/19). Además, la decisión de la CC se aplica sobre actos de autoridad que no han "causado estado en sede administrativa (Art. 218 COA), salvo que estén siendo dis-

cutidos en sede judicial". Por último, es aplicable a los actos de autoridad que imponen las medidas que, habiendo sido impugnados en sede judicial, no han obtenido sentencia o auto definitivo que cause cosa juzgada.

3. Unidad de la materia y control formal. Para la CC, las normas y los considerandos "se encuentran objetiva y razonablemente dentro de aquel núcleo temático", de naturaleza laboral, aunque se hayan incorporado "regulaciones atinentes a las potestades tributarias y al abuso del derecho, materializadas en las disposiciones reformatorias del Código Tributario y el Código Civil". En otras sentencias, sobre el Art. 136 de la CRE, la CC recuerda haber dicho que "el principio de unidad de la materia sólo resultaría vulnerado cuando el precepto de que se trata se muestre objetiva y razonablemente ajeno al contenido temático de la ley de la que se hace parte" (Sentencias 003-14-SIN-CC y 023-15-SIN-CC).

4. Coactiva y autotutela administrativa. "La potestad coactiva es una manifestación de la *autotutela administrativa de naturaleza ejecutiva* y no declarativa; es decir, el ejercicio de esta potestad no está diseñado para la determinación de responsabilidades ni de acreencias, sino únicamente para el cobro o ejecución de créditos previamente declarados". Para la CC, el procedimiento coactivo, como la "expresión de la autotutela administrativa ejecutiva, y la fase de ejecución de sentencias en materia laboral, comparten similar naturaleza, pese a ser ejercidos por autoridades diferentes".

5. Derecho de defensa y principio de contradicción. El tercero cuyos bienes sean objeto de una medida cautelar, basada en indicios que son de público conocimiento de propiedad del deudor, "vería a priori vulnerado su derecho a la defensa", dado que no ha tenido la oportunidad de participar en la determinación del crédito o de la responsabilidad patrimonial, "sea

en un procedimiento en ejercicio de *autotutela administrativa declarativa* o en la fase de conocimiento del proceso laboral", lo que conllevaría el emplazamiento tardío que le impediría presentar pruebas de descargo y alegaciones en el momento oportuno. El derecho a la defensa está compuesto por un "conjunto de garantías" para que se puedan "presentar alegatos y pruebas de descargo en el momento oportuno y en igualdad de condiciones" sobre la base del "principio de contradicción" que asegure el "equilibrio entre las partes" (Sentencia 71-14-CN/19, párr. 20).

6. Afectación refleja al derecho a la propiedad. La "lesión al derecho a la defensa potencialmente generaría una afectación refleja al derecho a la propiedad". Si una persona no es parte de un proceso en el que se decide sobre el uso, goce o disposición de sus bienes, "la intervención sobre éstos deviene en ilegítima, vulnerando por tanto su derecho a la propiedad" (Sentencias 011-11-SEP-CC y 073-10-SEP).

7. La buena fe frente al abuso del derecho y la simulación contractual. Según el Art. 1 de la LODDL se pueden ordenar medidas cautelares en contra de bienes de terceros cuando existan indicios públicos que son propiedad del deudor. Se colige que los bienes les fueron trasladados a los terceros en virtud de abuso del derecho o simulación contractual. El Art. 721 del CC dice que la buena fe, que se presume en todos los actos o negocios jurídicos (Art. 722), "es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude o de cualquier otro vicio". Contrario a la buena fe es el abuso del derecho, esto es, el ejercicio irregular, anormal y antisocial de un "derecho subjetivo susceptible de causar daño en relación con un interés ajeno". Para desentrañar esa anormalidad o irregularidad "no basta con el mero acopio de indicios" sino que es "imprescindible un procedimiento que revele la existencia de ese fenómeno". En materia patrimonial, mediante la

acción pauliana o a la acción colusoria, ante autoridades jurisdiccionales y procedimientos que garantizan la contradicción, se puede determinar el abuso del derecho o fraude inserto en actos y contratos. Para la CC, "ni el diseño de procedimiento coactivo ni el de la etapa de ejecución de un proceso judicial laboral prestan facilidades para el debate, contradicción y práctica de pruebas; razón por la cual no son medios idóneos para dilucidar el fraude o abuso del derecho, como paso previo a la imposición de las medidas de ejecución del Art. 1 de la LODDL". Es imprescindible que los terceros sean parte procesal y ejerzan su derecho a la defensa.

8. Elementos de la seguridad jurídica y la presunción de inocencia. Son tres, según la CC: confiabilidad, certeza y no arbitrariedad (Sentencia 10-12-SIN-CC). El "principio de legalidad" está en el centro de la confiabilidad. La legislación estable y coherente configura la certeza de los ciudadanos que "las reglas de juego no sean alteradas". Se evita la arbitrariedad en la aplicación de los preceptos legales por parte de las autoridades. La certeza de los negocios jurídicos "efectuados de buena fe" se perdería si, con base a meros indicios, una autoridad administrativa o jurisdiccional dispusiera medidas de ejecución. Por último, la imposición de medidas cautelares por un funcionario público de coactiva, sin el pronunciamiento previo jurisdiccional por los mecanismos idóneos, violaría la presunción de inocencia ya que el tercero sería tratado "como autor de un fraude en sus relaciones jurídicas sustanciales, es decir, con idénticos efectos si hubiere sido condenado judicialmente por un fraude o abuso del derecho".

9. Velo societario y desestimación de personalidad jurídica. La persona jurídica es un centro de imputación diferente a sus miembros y éstos limitan su responsabilidad frente a terceros por las operaciones sociales únicamente al monto de su aporte. En consecuencia, los socios o accionistas "deben ser reputados

como terceros con respecto a las relaciones jurídicas que dicha sociedad civil o mercantil tenga con otros particulares o el Estado". El Art. 1 de la LODDL determina que se pueda llegar, para el cobro coactivo, hasta el último nivel de propiedad, en el caso de personas jurídicas utilizadas para defraudar. De este modo, la norma legal les faculta a las entidades públicas que, directamente, procedan con la desestimación de la personalidad jurídica o el develamiento del velo societario, como si fueran fórmulas mágicas y olvidándose que "las situaciones que justifican la desestimación de la personalidad jurídica son excepcionales" y demandan un análisis prudente. En el Ecuador existe la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica que se "tramita mediante un juicio ordinario, en el cual se pueden solicitar medidas cautelares" (Arts. 17A y 17B de la Ley de Compañías). Además, existen otras vías jurisdiccionales "para corregir el abuso de derecho en el uso de la personalidad jurídica, como la nulidad del contrato de sociedad o de acuerdos societarios ilegales o perjudiciales" . La CC concluye afirmando que "la desestimación de la personalidad jurídica no puede ser conocida y resuelta dentro de un procedimiento coactivo, dado que su naturaleza de cobro ágil de créditos no permite el nivel de debate que esta cuestión necesita, ni ofrece garantías para que tanto la persona jurídica en cuestión como sus socios o accionistas puedan presentar alegatos y pruebas de descargo en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; es decir, el procedimiento coactivo no es un procedimiento idóneo para que los intervinientes en un develamiento societario puedan ejercer su derecho a la defensa".

ERROR INEXCUSABLE: INDEPENDENCIA JUDICIAL Y FALTAS ADMINISTRATIVAS (I)

1. Antecedentes. Con sentencia No. 3-19-CN/20, de 29 de julio del 2020, la CC resuelve una consulta de norma remitida por el juez de la Unidad Judicial Civil, doctor Santiago David Altamirano. Esta consulta de norma se originó dentro de la tramitación de una AP presentada por el doctor César Pazmiño, juez destituido por incurrir en error inexcusable, en contra del CJ. El juez sustenta su consulta de norma en que existe "duda razonable sobre la constitucionalidad de dicha norma", debido a que la competencia del CJ de calificar el error inexcusable puede vulnerar principios como el debido proceso, la seguridad jurídica e independencia judicial. La CC, con base en esto, plantea el siguiente problema jurídico: ¿Es inconstitucional el numeral 7 del art. 109 del COFJ, mediante el cual el pleno del CJ puede sancionar a los servidores judiciales con destitución por infracción disciplinaria consistente en el dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable?

2. Independencia judicial. Según la CC, la independencia judicial "puede ser interna, esto es, aquella que los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial tienen entre sí y en relación a los órganos de la misma Función". Esto se complementa con la independencia judicial externa "que hace referencia a la que tienen estos órganos de la Función Judicial respecto a otras funciones del Estado y, en general, respecto a injerencias provenientes de fuera de la Función Judicial". La CC también considera la independencia positiva y negativa, la primera, centrada en la interpretación de la ley y la argumentación jurídica de

forma autónoma; la segunda, enfocada en la justicia libre de cualquier injerencia. Según estos parámetros, la CC expresa que "para garantizar esta independencia, los jueces deben contar con adecuados procesos de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con garantías contra presiones externas, entre las que se destaca la estabilidad e inamovilidad en el cargo". Sin embargo, estas garantías de estabilidad e inamovilidad no son absolutas, ya que la CC, con base en criterios emitidos por la CorteIDH, determina que la garantía de inamovilidad implica que la destitución de jueces obedezca a razones graves y que dicho proceso sea conducido por "órganos competentes, independientes e imparciales". La CC concluye su análisis de la independencia judicial manifestando que "para cumplir cabalmente su función constitucional es indispensable que el CJ actúe con independencia, imparcialidad y estricto apego al orden jurídico en el juzgamiento de las infraccciones disciplinarias de los funcionarios y funcionarias judiciales".

3. Tipificación en materia administrativa disciplinaria y penal y faltas administrativas. El juez consultante expresó que la norma consultada contiene conceptos jurídicos indeterminados de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable. Estos conceptos, a pesar de estar definidos en el COIP y el Código Civil, no se aplican de la misma forma en materia administrativa disciplinaria. La CC hace una diferenciación entre la forma de describir las faltas disciplinarias en materia administrativa y los tipos penales. Las faltas disciplinarias tienden a determinar tipificaciones sancionatorias abiertas que se complementan con la interpretación sistemática del ente sancionador. Por esta razón, la CC expresa que no se puede desarrollar un "catálogo taxativo y detallado de todas las conductas específicas posibles y que implican un incumplimiento de funciones y deberes por parte de los servidores públicos". Es por esto que, las faltas disciplinarias no se describen con la misma precisión y rigidez de

un tipo penal. No obstante, la CC recuerda que la apertura de una infracción administrativa no puede transgredir los principios de legalidad, seguridad jurídica e independencia judicial, debido a que cada infracción debe constar en una ley previa y se debe evitar la arbitrariedad de quien aplica la sanción. Otra puntualización que realiza la CC con respecto a las faltas disciplinarias y a la norma penal es que, las primeras, sancionan el incumplimiento de deberes y funciones del miembro de una institución, mientras que en la norma penal, el Estado ejerce, de forma exclusiva, el poder punitivo frente a conductas que se consideran lesivas de bienes jurídicos fundamentales. Con esto, la CC concluye que, la Administración Pública despliega sus facultades sancionatorias y determinan responsabilidades administrativas a efectos de asegurar que los servidores públicos desarrollen sus actividades conforme a los fines de interés público.

4. Principio de legalidad y apertura de los tipos disciplinarios. La CC manifiesta que el carácter abierto de los tipos disciplinarios no implica la eliminación, violación o inaplicación del principio de legalidad. En ese sentido, la CC establece que, el principio de legalidad tiene que concretarse a través de la remisión pertinente a otras normas del ordenamiento jurídico e identificación de elementos que permitan especificar el principio de legalidad. Estos elementos pueden ser: la determinación de la gravedad de la falta, la determinación clara de la sanción, la identificación de los sujetos activos de la infracción, el grado de culpabilidad y el debido proceso disciplinario. La CC determina que, para concretarse el principio de legalidad en la imposición de sanciones referentes al dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable, se debe emplear el art. 109, numeral 7 del COFJ, y, complementariamente, el CJ debe examinar los deberes, prohibiciones y facultades de los jueces, fiscales y defensores públicos. Sin embargo, la CC también advierte que las especificidades del Derecho administrativo sancionatorio no deben

constituirse como una puerta abierta a la arbitrariedad. Para no dar lugar a esta arbitrariedad en la interpretación de los conceptos de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable, La CC establece claramente estos conceptos.

5. El dolo. La CC formula el concepto de dolo con una diferenciación relativa del ámbito penal, ya que en materia disciplinaria se sanciona la mera conducta y no el resultado, como no sucede en la mayoría de infracciones penales. En efecto, para que exista dolo, es suficiente que quien cometa la falta tenga conciencia de que determinada conducta infringe o quebranta el deber jurídico. Consecuentemente, es el conocimiento de la contradicción entre la conducta cometida y el deber jurídico del sujeto activo, lo que se determina como doloso. Para considerar los deberes jurídicos, el ente sancionador se debe remitir a los artículos del 75 al 82 de la CRE y el art. 130 del COFJ para jueces y juezas, el art. 444 del COIP para fiscales y el art. 286 del COFJ para defensoras y defensores públicos.

6. La manifiesta negligencia. La CC enuncia que, a diferencia del dolo, la negligencia en materia disciplinaria es "una forma de culpa que se caracteriza porque el agente infringe su deber, pero sin el conocimiento del mismo, siendo justamente esta falta de cuidado en informarse de manera adecuada y actuar conforme a dicho deber lo que lo hace imputable". Por esto, la negligencia acarrea la responsabilidad administrativa causada por la ignorancia, desatención o violación de normas. Además, del incumplimiento del deber constitucional de diligencia y deberes legales que les corresponden a los sujetos activos. Esta falta tiene como consecuencia un daño a la administración de justicia y, eventualmente, a los justiciables y a terceros.

ERROR INEXCUSABLE: DECLARACIÓN JURISDICCIONAL Y COMPETENCIAS DEL CJ (II)

1. Error inexcusable. Según la CC, el error inexcusable es "una especie o forma de error judicial, es decir, una equivocación grave y dañina, relacionada con la interpretación y aplicación de disposiciones jurídicas específicas o con la apreciación de hechos para la resolución de una determinada causa judicial". La gravedad se entiende en términos de un error obvio, irracional, indiscutible y fuera de las posibilidades lógicas de interpretación de las normas. Es dañino porque perjudica significativamente a la administración de justicia, a los justiciables o a terceros. La CC diferencia al error inexcusable del dolo y la manifiesta negligencia, así: "El elemento definitorio del error inexcusable es, por tanto, una grave equivocación, a diferencia del incumplimiento intencional de un deber que es lo que caracteriza al dolo, o el desconocimiento e incumplimiento de un deber relacionado con el trámite y la ritualidad del proceso judicial, que es lo propio de la manifiesta negligencia". No debe confundirse el error inexcusable, que tiene un fin sancionatorio, con el proceso por error judicial, que tiene un propósito resarcitorio. Además, la CC precisa que no todo error judicial constituye un error inexcusable.

2. La legítima interpretación. La CC advierte que, el error inexcusable no debe confundirse con el ejercicio legítimo de las facultades interpretativas connaturales de los jueces. La legítima interpretación de un juez no constituye un error judicial, sino que, se "fundamenta en una comprensión y valoración debidamente argumentado de las disposiciones jurídicas y de

los hechos aplicables al caso". La CC considera que la legítima interpretación puede, incluso, ser polémica o discutida, mientras que el error inexcusable genera un rechazo generalizado. Las diferencias interpretativas son comunes en la actividad judicial y, por esta razón, se pueden interponer recursos frente a una decisión tomada por un juzgador. Por otro lado, el error inexcusable es reconocido como una equivocación grave y jurídicamente injustificable, sobre lo cual no cabe discusión.

3. La declaración jurisdiccional. La CC establece que, para la destitución de un funcionario judicial, según los términos del art. 109, numeral 7 del COFJ, se deben diferenciar dos etapas secuenciales: i) la declaración jurisdiccional de existencia de dolo, manifiesta negligencia y/o error inexcusable, imputables a un juez o jueza, fiscal o defensor público en el ejercicio del cargo y ii) el correspondiente sumario administrativo con las garantías del debido proceso ante el CJ por la infracción disciplinaria. Esta declaración jurisdiccional tiene que ser elaborada con prontitud, imparcialidad, de acuerdo al procedimiento pertinente y también deberá incluir la debida confidencialidad, a menos que el juez solicite lo contrario. El CJ no requerirá de esta declaración jurisdiccional previa para el ejercicio de la acción disciplinaria respecto a otras infracciones establecidas en el COFJ. Para la emisión de la declaración jurisdiccional no es indispensable que el acto cause ejecutoria y sea inimpugnable.

4. Competencias del CJ. Para que el CJ pueda ejercer sus facultades disciplinarias sancionatorias debe llevar a adelante sumarios administrativos que, de acuerdo con el numeral 7 del art. 109 del COFJ, se inician por dos vías: por interposición de un recurso y por acción disciplinaria directa ante el CJ. En esta segunda vía, la CC encuentra dificultades de orden constitucional. La CC alega que, la actuación de oficio del CJ al determinar que un funcionario judicial ha incurrido en dolo, manifiesta

negligencia o error inexcusable puede constituir un prejuzgamiento. Además, la CRE no habilita al CJ a ejercer competencias jurisdiccionales, por lo que, no puede, por sí mismo, declarar la existencia de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable. Por ello la CC establece que la actuación de oficio del CJ atenta al principio constitucional de independencia judicial, al permitir una "indebida injerencia en las causas de un órgano de gestión y administrativo sobre actuaciones jurisdiccionales".

5. Decisión. La CC declara la constitucionalidad condicionada del art. 109, numeral 7 del COFJ. Esto, debido a que el CJ deberá requerir la declaración jurisdiccional sobre la existencia de dolo, manifiesta negligencia y/o error inexcusable. Esta declaración jurisdiccional deberá "ser efectuada por el juez o tribunal del nivel superior inmediato que conoce un recurso. En procesos de única instancia, la declaración jurisdiccional deberá realizarla el juez del nivel orgánicamente superior. En el caso de los jueces y conjueces nacionales, la declaratoria deberá realizarla el Pleno de la Corte Nacional. En procesos de garantías jurisdiccionales constitucionales, la declaratoria deberá realizarla el tribunal del nivel inmediato superior que conoce el recurso de apelación y, en el caso de las autoridades judiciales de última instancia, la Corte Constitucional. La declaratoria jurisdiccional (…) también podrá ser emitida por los jueces que conozcan el respectivo juicio contra el Estado por inadecuada administración de justicia". La CC establece que, para esta declaración jurisdiccional, se deberán considerar, como parámetros mínimos, que el acto u omisión judicial que se imputa como error inexcusable sea de aquellos errores sobre los cuales no se puede ofrecer argumentación válida, que no se trate de una controversia derivada de diferencias interpretativas y que cause un daño efectivo y gravedad al justiciable, a terceros o a la administración de justicia. La CJ, para sancionar a un juez, deberá emitir una resolución administrativa que considere los siguientes parámetros: la referencia a la declaración jurisdiccio-

nal, el análisis de idoneidad de los jueces para el ejercicio de su cargo, razones sobre la gravedad de la falta disciplinaria, una análisis autónomo y suficientemente motivado respecto a los alegatos de defensa de los jueces sumariados y, si fuere el caso, la sanción proporcional a la infracción. Además, la CC dispone que la CNJ integre una comisión disciplinaria permanente para compilar, analizar y unificar las calificaciones que los jueces y juezas del país realizan sobre las infracciones contenidas en el art. 109, numeral 7 del COFJ. Estas unificaciones tendrán efectos generales y obligatorios. Esta sentencia de la CC tendrá efectos generales hacia el futuro y sólo podrá tener efectos retroactivos en los casos de APs o de acciones contencioso-administrativas presentadas antes de la fecha de publicación de la sentencia constitucional por parte de un juez, fiscal o defensor público destituido por la CJ en aplicación de la norma discutida.

6. Votos Salvados. Los jueces constitucionales Teresa Nuques y Enrique Herrería emitieron votos salvados con respecto a esta sentencia. La jueza Nuques fundamenta su voto salvado en que, el dolo o manifiesta negligencia, pudiéndose generar en situaciones que no deriven en actos jurisdiccionales recurribles no podrán ser declarados. Consecuentemente, la jueza considera que la exigencia de la declaración jurisdiccional es un "obstáculo irrazonable para el ejercicio de la potestad disciplinaria". Por esto, determina que la exigencia de este requisito es contrario al principio de responsabilidad de los jueces, toda vez que, podría coartar las acciones disciplinarias y además este requisito implica el desconocimiento de las atribuciones constitucionales del CJ y principios constitucionales de la Función Judicial. El juez Herrería expresa, en su voto salvado, que el CJ, en ejercicio de sus funciones puede declarar, de oficio, la existencia de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable y no requerir de la declaración jurisdiccional, por cuanto este organismo tiene potestades de orden reglamentario o regulatorio para la

organización, funcionamiento, responsabilidades, control y régimen disciplinario de la Función Judicial.

RECAUDACIÓN ANTICIPADA DE IMPUESTOS Y PANDEMIA

1. Antecedentes. Mediante Dictamen No. 3-20-EE/20A, del 10 de agosto de 2020, dentro del caso No. 3-20-EE, la Corte Constitucional (CC) declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo No. 1109, referente a la recaudación anticipada del impuesto a la renta con cargo al ejercicio fiscal 2020, y lo dejó insubsistente, autorizando a los sujetos pasivos que lo pagaron que soliciten la devolución. Este Decreto fue dictado sobre la base del estado de excepción declarado mediante el Decreto Ejecutivo No. 1074, con motivo de la pandemia.

2. Hechos del estado de excepción y emergencia económica. Mediante Dictamen 3-20-EE/20 la CC dictaminó, por mayoría, sobre el Decreto Ejecutivo No. 1074 que prorrogó el estado de excepción, el 15 de junio de 2020. Los hechos que motivaron el D.E No. 1074 fueron los relacionados con la permanencia del Covid y la crisis económica provocada por éste para "enfrentar la rescisión económica, así como la crisis económica" La CC aclara que, en Dictamen, determinó "con claridad que la emergencia económica colateral no constituye calamidad pública ni ninguna otra causal de las establecidas en el artículo 164 de la Constitución que permita establecer o mantener un régimen de excepcionalidad en el país".

3. Parámetros del control constitucional. La CC ha determinado que una medida, como la recaudación anticipada, "debe analizar si "las medidas adoptadas son idóneas, estrictamente necesarias y proporcionales para enfrentar los hechos que motivaron la declaratoria de excepción verificando que las medidas

ordinarias seas insuficientes para el logro de este objetivo" sobre la base del Dictamen E-19-EE/19, de 23 de julio de 2019. Por ello, según el artículo 123 de la LOGJCC, las medidas (recaudación anticipada), deben cumplir con los requisitos siguientes. A) Que sean estrictamente necesarias para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria, y que las medidas ordinarias sean insuficientes para el logro de este objetivo; B) Que sean proporcionales al hecho que dio lugar a la declaratoria; C) Que exista una relación de causalidad directa e inmediata entre los hechos que dieron lugar a la declaratoria y las medidas adoptadas; D) Que sean idóneas para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria; E) Que no exista otra medida que genere un menor impacto en términos de derechos y garantías; F)Que no afecten el núcleo esencial de los derechos constitucionales, y respeten el conjunto de derechos intangibles; y, G) Que no se interrumpa ni se altere el normal funcionamiento del Estado.

4. Razonabilidad. La recaudación anticipada del impuesto a la renta, dispuesta en el Decreto No.1109, se fundamenta en la situación de crisis económica y del desequilibrio fiscal, inclusive se mencionan informes del Ministerio de Economía y del SRI. El artículo 123, numerales 3 y 4 de la LOGJCC exige que la medida tenga una causalidad directa e inmediata con los hechos que dieron lugar a la declaratoria, debiendo ser idónea para enfrentarlos. Para la CC, la recaudación anticipada no es una medida direccionada para afrontar la crisis sanitaria provocada por la pandemia sino para recaudar anticipadamente un impuesto como reacción a la actual crisis económica, lo cual fue desautorizado en el Dictamen 3-20-EE-20. "No se evidencia un nexo o relación de causalidad directa entre la calamidad pública y la recaudación anticipada de tributos (…) en ningún momento se dice que dicha recaudación esté destinada a cubrir exclusivamente los gastos para enfrentar la pandemia". Más aún, debido a que la vigencia del Decreto No. 1074 está próxi-

ma a caducar la recaudación anticipada ni siquiera se realizará en su totalidad durante la vigencia del estado de excepción. Según la CC, el objetivo no es afrontar la calamidad pública de forma inmediata y emergente sino "afrontar al margen de los causes institucionales democráticos, una crisis económica sobreviniente, permanente y de largo plazo. Por lo que la medida adoptada no es idónea ni estrictamente necesaria para afrontar los hechos que dieron lugar a la declaración al estado de excepción por calamidad pública". El fin que persigue la recaudación anticipada no corresponde a los objetivos ni hechos que justificaron la declaratoria de estado de excepción ni responde a la causal de calamidad pública que fue determinada como constitucional en el dictamen No 3-20-EE/20".

5. Activismo económico. Tanto los jueces de mayoría como los que emiten su voto salvado dan opiniones sobre el manejo de la economía, invocando el Dictamen No. 3-20-EE/20, en el que se dijo que " los problemas económicos del país constituían a una situación que debe ser superada a través del régimen constitucional ordinario", que prevé un catálogo de prorrogativas, facultades y competencias que permite a la Función Ejecutiva tomar decisiones en materia económica, comercial y fiscal, como la proposición de leyes urgentes en materia económica. Dejan en claro que "las consecuencias económicas de la pandemia no corresponden a hechos previstos por la Constitución como causal para un estado de excepción ni constituyen hechos que requieran de medidas extraordinarias derivadas de un régimen de excepción porque los mecanismos ordinarios sean insuficientes para afrontarlas". Con audacia los jueces dicen que la crisis requiere que el estado adopte medidas de largo alcance, por los cauces jurídicos ordinarios, para vivir dentro de la nueva normalidad. Además, hacen un llamado a las funciones y organismos del Estado para que garanticen un plan de recuperación o reactivación económica de largo plazo. Sostienen que "la Corte debe promover la solución de proble-

mas estructurales a través de la institucionalidad constitucional y democrática (…) y aplicar los límites reconocidos en la Constitución". También critican que "la falta de un adecuado diseño de políticas económicas y de acuerdos políticos no pueden ser utilizada como justificación para emisión de estados de excepción ni para la adopción de medidas excepcionales", aclarando que la recaudación anticipada "no genera nuevos ingresos para el Estado (…) pues únicamente constituyen un adelanto en la recaudación prevista para el próximo año fiscal". Por último, afirman que las recaudaciones anticipadas gozan de más legitimidad cuando se las adopta en medio de la deliberación democrática, por lo que una emergencia económica debe ser solventada a través de los mecanismos jurídicos y democráticos ordinarios.

GESTIÓN AMBIENTAL: COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LOS GADs

1. Antecedentes. La CC desestima la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Prefecto de Pastaza, en su calidad de Presidente de la Mancomunidad de GADs Provinciales de la Región Amazónica, en contra de los arts. 1 y 24 de la Resolución No. 0005-CNC-2014 del Consejo Nacional de Competencias, con el argumento que no existe incompatibilidad normativa entre las normas impugnadas y los artículos 226 y 273 de la Constitución Política de la República (CRE).

2. Costeo de la competencia de gestión ambiental. El problema jurídico se lo plantea con la siguiente pregunta: ¿la entrega de la competencia de gestión ambiental a los Gads sin el costeo de competencias vulnera los arts. 226 y 273 de la CRE?. La CC sostiene que, al ser la gestión ambiental una competencia exclusiva de los GADs, especialmente de los provinciales, el Estado no tiene la obligación de costearla o financiarla, como si ocurre en el caso de las competencias adicionales o residuales. Según el art. 154 del COOTAD solamente existe costeo para las competencias adicionales y residuales. La principal fuente de financiamiento, en el caso de competencias exclusivas, son las preasignaciones presupuestarias, sin perjuicio de los GADs puedan cobrar tasas por los servicios, como prevé el Art. 26, numeral 7, del Código Orgánico Ambiental, o administrar recursos propios según lo determina el art. 270 de la CRE. El Art. 24 de la Resolución impugnada les reconoce a los GADs la competencia para que puedan cobrar tasas. Para la CC, los recursos asignados para la asunción de la competencia de gestión ambiental constan dentro de las preasignaciones que los GADs reciben.

3. Fuentes de financiamiento. La CRE ha previsto las siguientes fuentes de financiamiento para los GADs: a) preasignaciones presupuestarias (arts 271 y 272); b) recursos propios (art. 270); costeo de competencias transferidas (art. 273 y art. 189:6 del COOTAD); porcentaje de explotación de recursos no renovables (art. 274); endeudamiento (art. 211 COOTAD); donaciones (arts. 171:c) COOTAD).

4. Cuatro tipos de competencias. A) Exclusivas que corresponden a un solo nivel de gobierno (arts. 263 CRE y 42 COOTAD para GADs provinciales y 264 y 55 para GADs municipales); B) concurrentes entre dos o más niveles de gobierno (art. 115 COOTAD); C) adicionales; D) residuales que entrega el Consejo Nacional de Competencias (arts. 149 y 150 del COOTAD). La competencia de la gestión ambiental es una competencia exclusiva de los GADs provinciales, según el art. 263, numeral 4, de la CRE, por lo que no tiene el Consejo Nacional de Competencias la obligación de entregar recursos para el costeo, según lo previsto en el art. 189, numeral 6, del COOTAD y el art. 273 de la CRE. La competencia de gestión ambiental comprende el otorgamiento de licencias ambientales y otras actividades de monitoreo y control.

5. Resolucion impugnada. Dos artículos de la Resolución No. 0005-CNC-2014 (R.O. (s) 415 de 13 de enero de 2015) fueron impugnados. El Art. 1 que dice que se asuman e implementen por parte de los GADs provinciales, metropolitanos, municipales y parroquiales, el ejercicio de la competencia de gestión ambiental. El Art. 24 que señala que los GADs están facultados para establecer tasas que se deriven de la facultad de control ambiental

6. Calificación de los GADs y diferencias entre los provinciales y municipales. Es exclusiva de los GADs provinciales la competencia de la gestión ambiental, según los arts. 263, numeral 4,

de la CRE y 42, literal D), del COOTAD. El Art. 136 del COOTAD, en concordancia con el art. 25 del Código Orgánico Ambiental, determinan que los GADs provinciales, para el ejercicio de la gestión ambiental, deben calificarse como autoridad ambiental de aplicación responsable en su circunscripción. Por su parte, los GADs municipales y metropolitanos "asumen la competencia únicamente si se califican como autoridades de aplicación responsable ante el Ministerio del Ambiente, en este sentido, la asunción de esta competencia en este nivel de gobierno es facultativa, y depende de factores externos como el tipo de actividades económicas que se ejercen en su circunscripción territorial o en la cantidad de licencias ambientales que se tengan que otorgar. En consecuencia, la asunción de la competencia dependerá de la capacidad del GAD para generar recursos propios a través de tasas". En efecto, el Art. 136 del COOTAD dice que "para otorgar licencias ambientales, los GADs municipales podrán calificarse como autoridades ambientales de aplicación responsable en su cantón". Si no se han calificado, "esta facultad corresponderá al gobierno provincial". Los GADs parroquiales, dentro de la gestión ambiental, tienen como competencia exclusiva la preservación de la biodiversidad y la protección del ambiente, según los arts. 267, numeral 4, de la CRE y 65, literal d), del COOTAD.

HÁBEAS DATA E INFORMACIÓN POLICIAL

1. Antecedentes. La CC, el 01 de julio de 2020, emitió la sentencia No. 55 14 JD/20, aceptando la AEP propuesta por el accionante Franklin Rolando García en contra de la sentencia de primera y segunda instancia de Hábeas Data, en la causa No. 17453 2014 0210, en contra de Ministro del Interior de la República del Ecuador. La CC declaró vulnerados los derechos a la protección de datos personales y a la tutela judicial efectiva, y revocó las sentencias de primera y segunda instancia.

2. Hechos. El afectado fue detenido en dos ocasiones. Se demostró que no existió responsabilidad, es decir, fue inocente. Los antecedentes de las detenciones se registraron en el Sistema Integral Informático de la Policía Nacional del Ecuador (SIIPNE). Por ello, realizó la petición de rectificación de la información personal en el SIIPNE. El accionante agotó el trámite administrativo, realizó solicitudes a la Policía Nacional y al Ministerio del Interior sin recibir respuesta alguna. El 15 de julio de 2014, el señor Franklin Rolando García interpuso acción de Hábeas data. El sorteo de la causa recayó en el Juzgado Tercero de Tránsito de Pichincha. En sentencia constitucional, de fecha 11 de agosto de 2014, se rechazó la acción propuesta por no existir vulneración de derechos. El accionante apeló a la sentencia de primera instancia, con fecha 29 de septiembre de 2014, el tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Pichincha ratificó la sentencia venida en grado.

3. Naturaleza del hábeas data. La CC desarrolla su sentencia bajo el siguiente problema jurídico: *"¿Cabe el habeas data cuando*

se configura una negativa tácita y para aclarar información en registros policiales?". El Hábeas data es una garantía constitucional que protege derechos, a la integridad de las personas. Es una obligación constitucional del Estado. Así lo define el Art. 92, de la CRE. El hábeas data dispone de mecanismos jurídicos, de modo que sirve para tutelar y garantizar derechos. Todo ello con miras a evitar discriminación, perjuicios relacionados a la honra, intimidad y protección de datos personales. El Art. 50.2, de la LOGJCC señala que: "C*uando se niega la solicitud de actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos que fueren erróneos o afecten sus derechos."* En tal virtud, se puede accionar esta garantía bajo este enunciado.

4. Negativa tácita. Al respecto, el accionante presentó solicitudes de rectificación de datos en el sistema SIIPNE. La Policía Nacional y el Ministerio del Interior no respondieron los escritos. La CC en varias jurisprudencias, determinó que "*La falta de contestación de la persona natural o jurídica pública o privada que tenga bajo su administración los datos de una persona, sobre la solicitud que su titular efectúe respecto del acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes en poder de éstas, o respecto de la solicitud de actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos que fueren erróneos o afecten los derechos de estos titulares, será considerada como negativa tácita"*. (Sentencia No. 182-15-SEP-CC). Al no existir respuesta se configuró una negativa tácita**.** La interpretación de la CC, máximo órgano de interpretación de la Constitución, faculta el accionar de una garantía Jurisdiccional en esta circunstancia, Art. 50.2, de la LOGJCC. La CC concluye que *"el hábeas data puede presentarse cuando hay negativa tácita en la solicitud sobre datos personales ante la autoridad competente y requerida, y para actualizar o aclarar, rectificar, eliminar o anular información personal, como en el caso del señor Franklin Rolando García."*

5. Rectificación en la base de la Policía. El hábeas data procede frente a los actos lesivos e inclusive a los derechos del titular cuando exista una causal del Art. 50, de la LOGJCC. El efecto que persigue es la rectificación de información personal del titular. En los hechos, el actor ha solicitado: La rectificación de los datos contenidos en la base de datos del SIIPNE. La CC identifica que el sistema SIIPNE configura *"una base de datos que no solo contiene información de los ciudadanos generada por la Policía Nacional sino también de otras entidades"*. Es un sistema creado por la Policía Nacional para verificación de información en todo el territorio del Ecuador. A su vez, se alegó la existencia de lesiones que afectan la integridad de la persona, siendo así afectaciones a la estabilidad laboral, situación emocional. El accionante pretende que dicha información registrada en el SIIPNE sea correcta y certera, para evitar posibles vulneraciones de derechos que pueden ocasionar a otras personas.

6. Perjuicio. Durante varios años no pudo tener una estabilidad laboral como consecuencia del registro de detenciones que constan en el sistema de información de la Policía Nacional, pese a ser inocente, considerándose una víctima de ese sistema. La afectación le ocasionó inestabilidad laboral, le privó de trabajos bien remunerados, incluso llego a afectarle al punto de tener trastornos depresivos. Además, la CC ha sido enfática en que no es una exigencia el demostrar un perjuicio para interponer una acción de hábeas data y tampoco exigir al titular de la acción demostrar una afectación.

7. Violación de derechos. Los jueces infieren que se vulneró el derecho a la protección de datos personales. Además, se violó el derecho a la tutela judicial efectiva. Como ha sido determinado por esta Corte, se demostró un perjuicio. La Tutela Judicial Efectiva forma parte del debido proceso, se encuentra expresamente reconocida en el Art. 75, de la CRE, que fue quebrantada al no analizar vulneración de derechos en las sentencias. El

derecho a la Protección de datos personales, reconocido en el Art. 66.19, de la CRE, fue vulnerado al no aceptar la acción de Hábeas data. Toda vez, que dicho derecho pretende salvaguarda datos personales. El fin que persigue implica que todos los datos personales sean correctos, actualizados y completos. Se debe asegurar la correcta utilización del sistema SIIPNE para identificar a la persona y no confundir información cuando pueda existir homónimos. El pleno de la CC establece, como medida de reparación integral, la rectificación de la información de datos contenida en el sistema SIIPNE, y la garantía de no repetición.

FAVORABILIDAD PENAL Y CONCURSO REAL E IDEAL DE INFRACCIONES

1. Antecedentes. Con sentencia No. 2344-19-EP/20, de 24 de junio del 2020, la CC resuelve aceptar una AEP por vulneración al debido proceso, en la garantía de favorabilidad, deducida por Jorge Gilces, un ciudadano detenido en flagrancia el 19 de enero del 2018 por tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, quien fuera declarado culpable, acogiéndose al procedimiento abreviado, el 12 de marzo del 2018. La pena privativa de libertad impuesta fue de 32 meses. Posteriormente, y en base al principio de favorabilidad penal, el ciudadano solicitó a la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Quevedo que se aplique la Resolución No. 02-2019 emitida por la CNJ en la que se establecía que, por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, se debía calcular la pena con base en el concurso ideal de delitos y no en el concurso real como se venía realizando, con la Resolución No. 12-2015. Dicha solicitud fue negada, el ciudadano interpuso un recurso de apelación que también fue rechazado y ello motivó la interposición de la AEP.

2. Concurso real de las infracciones. En el caso concreto, el cómputo para la pena privativa de libertad fue realizado con base en el concurso real de las infracciones establecido en la antigua Resolución 12-2015 de la CNJ. El concurso real de las infracciones, aplicado al delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, determina que la pena se calcula tomando en cuenta el peso de cada una de las sustancias. En el caso del accionante, se sumaron 20 meses por tráfico de 460 gramos de cocaína y 12 meses por tráfico de 50 gramos de marihuana, resultando, así, los 32 meses de pena.

3. Concurso ideal de las Infracciones. El 6 de febrero del 2019, la CNJ emitió la Resolución No. 02-2019, determinando que, por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, se debe aplicar el concurso ideal de delitos "por el que se punirá únicamente la conducta más severamente sancionada en el tipo penal, conforme el principio de absorción que rige este modelo concursal". Con esto se derogó la antigua Resolución No. 12-2015 y por tanto, podía aplicarse el principio de favorabilidad para quienes han sido sentenciados bajo la modalidad del concurso real de infracciones.

4. Principio de favorabilidad. El principio de favorabilidad está consagrado en el art. 76, numeral 5 de la CRE. Establece que, ante el conflicto entre dos leyes que contemplen sanciones distintas para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa. La CC manifiesta que el principio de favorabilidad comporta una garantía del debido proceso y, como tal, no puede ser desconocida en ningún escenario en el que su aplicación sea necesaria para asegurar la vigencia de un orden justo. Consecuentemente, si con posterioridad a la comisión del delito o a la emisión de una sentencia, la legislación dispone la imposición de una pena más leve, el condenado necesariamente debe beneficiarse de ello. En ese sentido, la CC expresa que debe entenderse como ley penal más favorable a aquella que establece una pena menor respecto de los delitos y a aquella que despenaliza una conducta anteriomente considerada como delito. En el caso concreto, el sentenciado presentó una solicitud para que se aplique el principio de favorabilidad y se reduzca la sanción aplicada, tomando en cuenta el concurso ideal de los delitos. Los jueces de la Unidad Judicial Penal fundamentaron su negativa en que la sentencia nunca se sustentó en la antigua Resolución 12-2015 de la CNJ. Además argumentó que, al acogerse al procedimiento abreviado, existía un acuerdo con la Fiscalía para la pena impuesta y, por ello, no se podía aplicar el principio de favorabilidad. Con respecto a ello,

la CC manifestó que "el hecho de que el accionante haya llegado a un acuerdo con la Fiscalía con base en la normativa vigente y se haya acogido a un procedimiento abreviado, no impide que en el futuro se beneficie de la emisión de normas más favorables respecto de la conducta por la cual haya sido sentenciado".

5. Motivación. El accionante afirma que no existe lógica, coherencia, razonabilidad y comprensibilidad en la negativa de los jueces, dado que sólo mencionó que, por tratarse de un juicio de procedimiento abreviado, no se puede aplicar el concurso ideal. La CC, con respecto a la motivación, expresa que: "Para que un auto o sentencia se considere motivado debe contener congruencia argumentativa que implica que el juez conteste motivadamente, a menos, los argumentos relevantes alegados por las partes. Así, se debe verificar que el auto o sentencia en cuestión guarde la debida relación entre los alegatos vertidos por las partes, los antecedentes de hecho extraídos de las alegaciones de las partes y las normas jurídicas aplicadas a caso concreto". En el caso analizado, los jueces únicamente transcribieron las normas contenidas en el COIP y alegaron que el principio de favorabilidad ya se aplicaba al momento de resolver el procedimiento abreviado, de acuerdo a lo pactado entre Fiscalía y el procesado. La CC considera que los jueces no motivaron adecuadamente el auto, ya que no explicaron el contenido de la Resolución 02-2019 y su eventual aplicación a este caso, principal argumento del accionante.

6. Decisión. La CC declara la vulneración al debido proceso, en las garantías de aplicación del principio de favorabilidad y motivación. La CC ordena, además, como reparación, que se deje sin efecto el auto impugnado y que se sortee un nuevo tribunal para que resuelva el recurso de apelación interpuesto por el accionante.

ACCIÓN DE PROTECCIÓN NO ES SUBSIDIARIA

1. Antecedentes. Mediante la Sentencia 436-14-EP/20, de 15 de julio de 2020, la CC aceptó la AEP presentada por el Presidente del Comité de Jubilados de la Empresa Eléctrica del Ecuador, cuya demanda de acción de protección fue rechazada por el juez de instancia y tal Sentencia fue confirmada por la Corte Provincial de Guayas, el 10 de febrero de 2014.

2. Titularidad de derechos y derechos específicos. Las normas generales sobre la titularidad derechos y la forma en la que el Estado las garantiza, así como los principios de supremacía constitucional, no pueden ser demandados en la CC de forma desconectada a través de una AEP, pues, tales normas generales no se refieren a derechos específicos, como lo ha señalado la CC en las sentencias 742-13-EP/19, de 4 de diciembre de 2019 (párrafo 29) y en la No.1035-12-EP/20, de 22 de enero de 2020 (párrafo 12). A la CC le corresponde establecer la vulneración al derecho fundamental invocado, a partir del cargo formulado por el accionante (Sentencia No. 19—67-EP-19). Pese al esfuerzo razonable de la CC, no le es factible pronunciarse sobre la vulneración de los principios del derecho al trabajo del artículo 326 de la CRE.

3. Motivación en acciones de protección. La CC ha establecido los siguiente parámetros para la motivación en las sentencias de los jueces constitucionales (Sentencia No. 1285-13-EP/19): "A) Enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión, B) Explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho y C) en acciones de protección , realizar

un análisis para verificar la existencia o no de vulneración de los derechos, y si en dicho análisis no se determina la existencia de vulneraciones a los derechos, sino más bien conflictos de índole infraconstitucional, le corresponde al juez determinar cuales son las vías ordinarias adecuadas para la solución del conflicto"

4. Subsidiariedad. La CC cuestiona que los juzgadores hayan intentado demostrar que la justicia ordinaria es el canal adecuado para la pretensión del accionante, por cuanto está de por medio una reclamación netamente de índole laboral, sin que los jueces provinciales hayan examinado ni pronunciado sobre la existencia o no de una afectación de derechos constitucionales, incumpliendo así con el tercer parámetro o presupuesto de la motivación en acciones de protección. La sala de la Corte Provincial no revisó las alegaciones de violación derechos frente a la reducción del monto de las pensiones de jubilación patronal de los accionantes. Para la CC la falta de análisis sobre la violación o no derechos constitucionales, "vuelve arbitrarias las conclusiones judiciales de que el accionante no justificó la violación de derechos ni que la justicia ordinaria no es la vía adecuada y eficaz para ventilar la controversia". La CC invoca la regla jurisprudencial de la Sentencia No. 001-16-JPO-CC para recordar que los jueces pueden determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz, "cuando no encuentren vulneración derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia. En consecuencia, queda en claro que la acción de protección no es residual ni subsidiaria. En definitiva, es la única vía cuando existe violación derechos constitucionales. Solamente en ausencia de estas violaciones constitucionales, la justicia ordinaria resulta idónea y eficaz. No a la inversa.

legislación

I

LEY DE FINANZAS PÚBLICAS

I. ***ANTECEDENTES.-*** La ley Orgánica para el Ordenamiento de la Finanza Pública se publicó en el Registro Oficial 253 (S) de 24 de julio de 2020. La Ley reforma el Código de Planificación de las Finanzas Públicas (COPFP).

II. ***SECTOR PÚBLICO.-*** Se introducen algunas innovaciones en la clasificación del sector público, financiero y no financiero. Se deja en claro que dentro del sector público no financiero están las entidades que desempeñan funciones de gobierno, en el Gobierno central (Función Ejecutiva), en las demás funciones del Estado, en los GADs y en otras entidades que realicen funciones del Estado, además en las empresas públicas de economía mixta creadas para la gestión de sectores estratégicos, prestación de servicios públicos, y las sociedades de derecho privado cuya propiedad total o parcial mayoritaria pertenece a entidades del sector público no financiero. Dentro del sector público financiero se incluyen a todas las entidades cuya actividad principal es monetaria y de servicios financieros.

III. ***AUTONOMÍA.-*** En la Ley de manera clara se dice que se deberá respetar la autonomía de las entidades de la Seguridad Social, del Banco Central, BIESS y de los GADs. Inclusive, se dice que los fondos de los GADs y de la Seguridad Social son propios de cada institución y distintos del fisco, por lo que la aplicación del Código no implica ningún tipo de intervención o disposición por parte del Gobierno Central sobre esos fondos. Por último, se precisa que la clasificación del sector público no altera y no se antepone a la clasificación del artículo 225 de la

Constitución, ni tampoco a la naturaleza específica de las entidades de la seguridad ciudadana. Las entidades de la seguridad social, como el IESS, ISSFA e ISSPOL, son consideradas parte del sector público, pero fuera del sector público financiero y no financiero, dejando en claro que sus fondos son propios, distintos a los del fisco, y no forman parte del PGE.

IV. ***ENDEUDAMIENTO PÚBLICO.-*** Se configura con nuevos elementos el concepto de endeudamiento público. Se deja en claro que la deuda contraída con las entidades de Seguridad Social constituye endeudamiento público. Se excluye del endeudamiento cualquier título valor o nota del tesoro con un plazo de menos de 360 días

V. ***NOTAS DEL TESORO.-*** Se autoriza la emisión y colocación de notas del tesoro para administrar deficiencias temporales de caja, siempre que no superen al 8% a los gastos del PGE, sin que el plazo para la redención pueda ser igual o mayor a los 360 días. Aunque son obligaciones de pago no constituyen endeudamiento público. Se le prohíbe al Banco Central que invierta en notas del tesoro o en cualquier título valor emitido por el Estado.

VI. ***FONDO DE ESTABILIZACIÓN.-*** Se crea el fondo de estabilización fiscal con los ingresos provenientes de la explotación y comercialización de recursos naturales no renovables que superen en lo contemplado en el PGE. Las reservas del fondo no pueden asignarse ni reasignarse para financiar gastos adicionales. Su objetivo es garantizar la estabilidad económica, la sostenibilidad de las cuentas públicas y la capacidad de la ejecución de egresos en educación y salud.

VII. REGLAS FISCALES.- Las reglas fiscales sobre ingresos y gastos se pueden suspender cuando esté en estado de excepción y grave recesión económica.

VIII. LÍMITES DE DEUDA PÚBLICA.- La reducción progresiva del indicador de deuda pública se fija en los siguientes porcentajes: 57% del PIB hasta el 2025, 45% PIB hasta el 2030 y 40 % del PIB del 2032.

IX. FONDOS DE PENSIONES Y SALUD.- Se fija un plazo de no mayor de 6 meses para que se revisen y actualicen las normas de los fondos de pensiones y salud que implique un aporte del PGE, a fin de precautelar la sostenibilidad financiera de cada fondo. No se podrá reducir las contribuciones especiales que deba financiar el Estado.

X. TRIBUTOS.- Por la emergencia sanitaria del Covid-19, se autoriza a los GADs cantonales una reducción de hasta el 50% del monto de los impuestos de patente y 1.5 x mil sobre los activos totales.

LEY ORGÁNICA DE APOYO HUMANITARIO PARA COMBATIR LA CRISIS SANITARIA DERIVADA DEL COVID-19

1. ***ANTECEDENTES.*** La Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19 se publicó en el Registro Oficial No. 229 (S) del 22 de junio de 2020. La presente ley es una respuesta a la crisis sanitaria generada por la pandemia del COVID-19.

2. ***MEDIDAS SOLIDARIAS.*** En la Ley de Apoyo Humanitario se incluyen medidas solidarias que tienen el propósito de facilitar determinados pagos a quienes han sido afectados económicamente por la pandemia. Entre estas medidas solidarias se encuentran: otorgar una rebaja de hasta 25% en los servicios educativos para los representantes de los estudiantes que hayan perdido su empleo o hayan disminuido sus ingresos; durante el tiempo de vigencia del estado de excepción y hasta 60 días después de culminarlo, se suspenden los desahucios a arrendatarios de bienes inmuebles; desde la vigencia del estado de excepción y hasta un año después se prohíbe el incremento en valores, tarifas o tasas de servicios básicos, entre otras medidas solidarias.

3. ***CONTRATO ESPECIAL EMERGENTE.*** Con el propósito de garantizar la sostenibilidad del empleo, en la Ley de Apoyo Humanitario se incluyó el contrato especial emergente, determinado en el art. 19. Es aquel contrato individual de trabajo por tiempo definido que se celebra para la sostenibilidad de la producción y fuentes de ingresos en

situaciones emergentes. Este contrato se celebrará por el plazo máximo de 1 año y podrá ser renovado por una sola vez por el mismo plazo. La jornada laboral objeto de este contrato podrá ser parcial o completa, con un mínimo de 20 y máximo de 40 horas semanales, distribuidas en un máximo de 6 días a la semana sin sobrepasar las 8 horas diarias.

4. ***ESTABILIDAD LABORAL PARA TRABAJADORES DE LA SALUD.*** Según el artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario, los profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus con un contrato ocasional o nombramiento provisional en cualquier cargo en algún establecimiento de la Red Pública de Salud, previo concurso de méritos y oposición, se los declarará ganadores del respectivo concurso público, y en consecuencia se procederá con el otorgamiento inmediato del nombramiento definitivo.

sobre los autores

ÍNDICE DE AUTORES

Dr. Luis Fernando Torres: Profesor de maestría de derecho procesal constitucional. Abogado litigante. Presidente de TorresCobo Abogados. Presidente de la CAD F.A.Hayek. ExAsambleísta.

Álvaro Esteban Sánchez Solís: Estudiante de la carrera de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato. Pasante en el Estudio Jurídico TorresCobo. Sus áreas de interés son el Derecho Procesal Constitucional y el Derecho Administrativo.

María José López Cobo: Abogada de los Tribunales de la República por la Universidad Regional Autónoma de los Andes. Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Magister en Derecho, mención Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Asambleísta Alterna por Tungurahua (2013-2017). Asesora Legislativa (2018). Docente Universitaria de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato (2019) Concejal de Ambato.

Andrés Jaramillo Torres: Abogado graduado por la USFQ. Litigante en el Estudio TorresCobo. Máster en Derecho Penal por la Universidad Carlos III de Madrid.

Daniela Vásconez Almeida: Abogada, Máster en Derecho Laboral por la Universidad Carlos III de Madrid.

Pablo Silva Mejía: Magister en Derecho Procesal (UASB-E). Especialista Superior en Derecho Constitucional y en

Derecho Procesal (UASB-E). Abogado de los Juzgados y Tribunales (UTA). 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.

Vinicio Rosillo: Abogado, Maestrante de Derecho Constitucional.

María del Carmen Bayas: Abogada, Maestrante de Derecho Constitucional.

Yesenia E. Guato Jiménez: Abogada, maestrante de Derecho Constitucional.

Ángel Junior Espinoza: Abogado, Maestrante de Derecho Constitucional.

Lenin García Párraga: Abogado, Presidente de la Corte Provincial de Los Ríos. Maestrante de Derecho Constitucional por la UNIANDES.