



FACULTAD DE DERECHO

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO INSTRUMENTO DE REPARACIÓN EN
ACTOS COMETIDOS POR AUTORIDAD PÚBLICA NO JUDICIAL O
PARTICULARES

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos para optar
por el título de Abogada de los Tribunales y juzgados de la República.

Profesor Guía

Abg. Sebastián González

Autora

Andrea Estefanía Abad Revelo

Año

2013

DECLARACIÓN PROFESOR GUIA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente”.

.....

Sebastián, González

Abogado

CI.: 1715146963

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

.....

Andrea, Abad

CI.: 1720075074

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, aunque las palabras no puedan describir mi más profundo sentimiento de gratitud, por haber entregado sus vidas a la crianza de quien ahora escribe estas líneas.

A mi director de tesis, Sebastián González, por su valiosa aportación durante la elaboración de este trabajo, por compartir conmigo su experiencia, conocimiento y altísima calidad humana; y, por haber puesto su empeño en mostrarme que el derecho va más allá de los textos jurídicos, y que la verdadera importancia de esta carrera radica en la cercanía con la que se puede vislumbrar justicia.

DEDICATORIA

A Dios y a mis padres, porque me dieron la vida y la fortaleza para vivirla.

RESUMEN

El presente trabajo ofrece una aproximación en el marco nacional e internacional con respecto de la reparación integral, para ello mediante la revisión de sentencias constitucionales, así como las sentencias expedidas por organismos internacionales; se pudo identificar a través de un análisis comparativo la actuación de los diferentes sistemas judiciales frente a violaciones constitucionales causadas por la autoridad pública no judicial o por particulares; y, como resultado de ello, se ahondó en las varias formas de reparación integral existentes; y, se pudo verificar que lamentablemente la inexistencia de reparación integral es uno de las grandes fallas del sistema judicial y que a toda luces existen mejoras por hacer en torno a este tema.

Por otro lado, este trabajo exhaustivamente recalca que la acción de protección es un instrumento tutelar de los derechos de las personas; y, que desafortunadamente en el país su aplicación ha sido contraria a su naturaleza misma al ser considerada como residual, lo que causa distorsión de la figura legal acarreando impunidad y falta de garantías para que las víctimas puedan acceder a la justicia.

Finalmente, la proyección de este documento se halla en permitir al lector que a través de las siguientes páginas pueda adentrarse en el sistema judicial ecuatoriano desde el punto de vista de la víctima, y que sea el lector quien forme una opinión crítica en cuanto a la eficacia con la que actúan los jueces en cuanto a reparación integral, para que junto con el lector y las recomendaciones que se han incluido en este trabajo se puedan construir

mejoras para el sistema judicial ecuatoriano y lograr avances en materia de protección de derechos.

ABSTRACT

The following lines offer a close view into the national and international systems, regarding with the full reparation of victims. In order to do that it has been done a complex review over national constitutional cases as well as international precedent made by international courts; in which it was possible to verify through a comparative analysis how the different judicial systems react when facing constitutional transgression of civil rights caused by public authorities or privates; as a result of that, several ways of integral reparation came up and so, unfortunately everything displays that the lack of full reparation is one of the biggest failures on the national judicial system and for this reason there is still a lot of improvement that should be done around this topic.

On the other hand, in-depth research shows that Action for infringement of fundamental rights and freedoms is undoubtedly a protective tool of the civil rights, but unlucky its application inside the country has been smeared against its own nature when considered as a residual appeal which clearly causes distortion on the legal figure subsequently impunity and absence of guarantees for victims to have justice access.

Finally, the student's willing for the reader is that on the next pages the person gets to have a deeper outlook of the Ecuadorian judicial system, standing on the victims point of view, therefore the reader will be able to create his/her own critical opinion about the judges' efficiency when the case refers to full reparation, looking forward that both, the reader and the suggestions made in

this document get to develop improvements for the Ecuadorian courts and hopefully achieve progresses when it comes to human rights.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	2
1. La Accion de Proteccion como Mecanismo Reparatorio en Caso de Vulneración de Derechos Constitucionales..2	
1.1 Antecedentes e Intencionalidad del Constituyente en la creación de la Acción de Protección como instrumento de reparación.....	2
1.2 Naturaleza de la Acción de Protección: Alcance constitucional de la acción de protección como mecanismo reparador.....	8
1.3 La reparación entre particulares: Teoría Drittwirkung Der Grundrechte	10
1.4. Limitaciones a la Acción de Protección de acuerdo a la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	14
1.4.1. Todo Acto u omisión de las personas naturales o jurídicas del Sector Privado que viole los derechos cuando presten servicios públicos impropios o de interés público.	14
1.4.2 Vulnerar derechos reconocidos en la Constitución o suponer la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales.	16
1.4.3 El daño grave en la acción ordinaria de protección.....	20
1.4.4 Daño susceptible de reparación	23
1.4.5 Estado de Subordinación.....	24
1.4.6 Estado de Indefensión	26
CAPITULO II.....	29
2. La Reparación Integral en Sistemas Jurídicos Internacionales.....	29
2.1 Aproximación de la reparación integral en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	29

2.2 Análisis de Jurisprudencia Comparada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	33
2.2.1. Análisis del Caso	33
2.2.2. Análisis del caso Zambrano Vélez.....	38
2.3 La Reparación Integral en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	46
2.3.1 ANÁLISIS DE SENTENCIA:.....	48
2.4 Corte Africana de Derechos Humanos	52
CAPITULO III	55
3. LA REPARACIÓN INTEGRAL EN EL CONTEXTO JURÍDICO ECUATORIANO.....	55
3.1 La reparación: El fin de las acciones constitucionales	55
3.2. Formas de Reparación de acuerdo a la constitución y a la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional	59
3.2.1 Daño Material: Reparación Económica	62
3.2.2 Análisis: Inconstitucionalidad del Artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	64
3.2.3 Daño Inmaterial.....	67
3.3. Los Jueces de Primera Instancia en su rol de Jueces Constitucionales en cuanto a la reparación integral.	71
3.3.1. Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano	71
3.3.2 Análisis del caso Satya:	76
3.3.3. Análisis del Caso la Hora: ¿Estado garante o titular de Derechos Constitucionales?	79
CONCLUSIONES	84
RECOMENDACIONES	88
REFERENCIAS	92

INTRODUCCIÓN

El Ecuador ha sido partícipe de transformaciones importantes en cuanto a los modelos constitucionales adoptados a través del tiempo, modificando su modelo de Estado Liberal, para dar paso a un modelo constitucional de Derechos y Justicia Social tal como se halla consagrado en la actual Carta Magna, la misma que recoge normativa con carácter esencialmente garantista y con una amplia gama de acciones jurisdiccionales enfocadas al resguardo de los derechos humanos.

Es de esta manera que, el sistema judicial mediante la instauración de la acción de protección busca poner al alcance del ciudadano un mecanismo efectivo para la tutela de sus derechos, con miras a que los jueces constitucionales expidan sentencias que ordenen la reparación total en cada caso concreto y la supervisión de su cumplimiento.

Sin embargo de lo expuesto, es notorio que las intenciones del constituyente al incluir las garantías constitucionales no se logró dada la desviación con la que se ha manejado la figura legal, contribuyendo a experimentar falencias en cuanto a reparación integral.

Por tanto, a lo largo de ésta tesis se demuestra que la acción de protección es un efectivo instrumento protector de los derechos; y, que se debe exigir una mejora tanto en la aplicación de la figura legal como de la capacitación de los jueces en materia de derechos humanos; de forma que tomen en cuenta los diferentes mecanismos de reparación existentes tanto por parte de los órganos internacionales así como de la jurisprudencia en materia de reparación, para en torno a ello desarrollar un modelo progresista en cuanto a resarcimiento de daños tanto a la víctima como terceros afectados.

CAPÍTULO I

1. LA ACCION DE PROTECCION COMO MECANISMO REPARATORIO EN CASO DE VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.

1.1 Antecedentes e Intencionalidad del Constituyente en la creación de la Acción de Protección como instrumento de reparación.

En 2008 la provincia de Manabí, cantón Montecristi, ciudad Alfaro se convierte en el epicentro donde nace la Constitución vigente y con ello la búsqueda de establecer lineamientos claros hacia el reconocimiento, interpretación y aplicación de los derechos constitucionales para que con el tiempo se siga desarrollando la hermenéutica del derecho constitucional ecuatoriano.

Es menester señalar que para la elaboración de la actual Carta Magna, la Asamblea Constituyente toma en cuenta varios principios del derecho internacional, los mismos que son mencionados en varias ocasiones durante las actas constituyentes especialmente por la mesa número 1, encargada de tratar sobre derechos fundamentales y garantías constitucionales; así como también por el presidente de dicha Asamblea, Alberto Acosta, quién menciona que “El derecho Internacional surgió como una nueva alternativa a la visión clásica y rompió ciertos paradigmas”(Acta Constituyente 07-08-28, 2008, pp.9).

Explicando de esta manera la necesidad de crear garantías para el ciudadano sin redes de sinuosidad que entorpezcan el acceso a la justicia, con miras a proteger al individuo del poder del Estado haciendo palpable que el propósito del constituyente es precautelar la efectiva tutela de derechos a través del apego a principios jurídicos internacionales y la creación de garantías jurisdiccionales que garanticen el efectivo goce de los mismos; de manera que, fortaleciendo el marco constitucional se garanticen los derechos, y a su vez hacer exigible la reparación inmediata en los casos donde se ha perpetrado la vulneración.

Evidentemente la intencionalidad es que “(...) las personas se sientan identificadas con el contenido de la Constitución, sin paradigmas, sin lirismos ni argumentos que no encuentren sustento ni plena proyección (...)”. (Acta Constituyente 07-08-28, 2008, p.16)

Como resultado, “los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, son de directa e indirectamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal, autoridad o funcionario de oficio o a petición de parte.” (Constitución del Ecuador, 2008, Art. 11 numeral 3)

Así mismo, parafraseando al acta constituyente (07-08-28), referentes a garantías constitucionales se resalta que no se podrá exigir para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales condiciones o requisitos que no estén establecidos en la constitución o la ley, por lo que se deja en claro que los derechos son plenamente justiciables, tal como efectivamente lo declara la carta magna ecuatoriana vigente:

“Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento” (Constitución, art.11#3)

En otras palabras, la protección de derechos constitucionales es absoluta, incluyendo los organismos encargados de la administración de justicia y nombrándolos a ellos como los primeros garantes para hacer efectiva la protección de los mismos.

Por su parte, el constituyente instituyó el principio de cláusula abierta como un mecanismo para ampliar la protección de los derechos, con el fin de crear un

marco constitucional que lleve al Estado a reconocer y llevar a cumplimiento los derechos y garantías de las personas con miras incluso a ampliar progresivamente el desarrollo de los mismos.

Estas garantías las trató la mesa 1 de la Asamblea Constituyente respecto de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales; y, sustentaron la intencionalidad de que mediante garantías constitucionales se haga exequible la protección de derechos en la sociedad civil argumentando que se:

“Abrirá el camino a la nueva justicia constitucional, lo cual permitirá avanzar en la garantía de los derechos esenciales al ser humano, volverá exigibles aquellas disposiciones que aún sin encontrarse designadas en la Constitución, pre existen en los instrumentos internacionales y sobre todo aquellos contenidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Desde ahora el Estado, no será más una figura ajena a la ciudadanía, será su verdadero garante, será su legítimo activista, será su protector”. (Acta Constituyente 07-08-28, 2008, p.23)

Sobre lo mencionado se concluye que los mecanismos para la tutela derechos, específicamente la acción de protección surge de la concepción de principios universales en la búsqueda de activar justicia constitucional con el fin de asegurar el reconocimiento, el acatamiento, y resarcimiento tanto de derechos constitucionales otorgándole características propias como la inmediatez, celeridad, preferencial, y a la vez el constituyente expresa la necesidad de que sea más allá de una declaración de principios abstractos formulando la importancia de la informalidad de dicha acción dado su carácter tutelar.

Por tanto, el procedimiento deberá ser sumario, de forma oral y basada en un sistema garantista en el que los sujetos además de derechos declarados accedan a su efectivo goce.

Pertinentemente el tratadista Castro (2008, p.21) afirma que hoy en día

“el papel de la justicia constitucional radicalmente adquiere un definido carácter protector, destinado a brindar una tutela efectiva sobre esos derechos, proveyéndolos así de una eficacia universal en sentido vertical (frente al poder del Estado), pero también horizontal (para las relaciones entre los propios ciudadanos).”

Es decir, se concibe a la acción de protección como una garantía jurisdiccional que intenta tutelar al individuo de la violación de sus derechos, de todo posible transgresor incluyendo autoridad pública no judicial, eliminando cualquier complejidad procesal, y por lo cual es injustificable que para acceder a la reparación integral se pongan trabas, ya que ello dilata el proceso y no permite atender de forma prioritaria los derechos.

Alegando precisamente la exigibilidad de los derechos mediante la creación de garantías constitucionales, el asambleísta Rommel Rivera expuso en la constituyente de Montecristi el principio de ejercicio y exigibilidad de los derechos como:

“La capacidad que tenemos las personas de reclamar y obtener del Estado y en ciertos casos de otros actores, el goce efectivo e inmediato de nuestros derechos consagrados en la Constitución y en los diferentes tratados internacionales aceptados y ratificados por el Ecuador. El Estado está obligado a respetar y hacer respetar los derechos fundamentales, aquellos que la constitución reconoce y consagra a todos los ciudadanos...”. (Acta Constituyente 07-08-28, 2008, p.27)

Es de esta forma que, la acción de protección se forja de manera que toda persona natural o jurídica que se creyere lesionada en sus derechos, tanto por acciones como por omisiones de la administración pública, debe actuar en forma directa e inmediata; habiendo incluso la propuesta por parte del asambleísta en la existencia de:

“jueces de amparo, quienes ante el requerimiento de quienes consideren afectado su derecho, deberá adoptar medidas perentorias y

urgentes, destinadas a hacer cesar o evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad política, violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, grave o irreparable.” (Acta Constituyente 07-08-28, 2008, p.27)

Adicionalmente se menciona que, además de estos sujetos judiciales aludidos, se hace necesario “reformar y mejorar los mecanismos procesales para la tutela de los derechos, ya que el Estado de acuerdo a Bankue tiene cuatro niveles de obligaciones esto es: respetar, proteger, asegurar y promover los derechos constitucionales.”- (Acta Constituyente 07-08-28, 2008, p.27)

Ciertamente la intención del constituyente en crear una norma tutelar de los derechos tal como es la acción de protección, no es sino proveer a los ciudadanos un instrumento jurídico que sirva para defender y reparar los derechos que hayan sido vulnerados ya que como acertadamente Ávila (2008, p.94) determina, las garantías constitucionales son herramientas indispensables para la observancia de los derechos, dado que:

“La violación a los derechos humanos no puede ser ajena a persona o grupo de personas alguna. Al Estado y a la comunidad le interesa que se sepa cuando hay violaciones y que se corrijan las actuaciones atentatorias a los derechos (...) y que los llamados hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución son aquellos a quienes les han sido vulnerado sus derechos.”

Por todo lo expuesto, debería entenderse a la acción de protección como garantía reparadora dado que así se alcanzaría otro de los ideales de los Constituyentes de Montecristi; que es precisamente alcanzar la justicia constitucional al igual que:

“la supremacía de la constitución, el cumplimiento de normas internacionales ratificados por determinado Estado, la aplicación directa e inmediata de la Constitución, etc... de manera que a través de éstos

se reconozca a los sujetos sus derechos fundamentales; y que la administración de Justicia esté inserta en una esfera dentro de la cual se haga efectiva la supremacía de la Constitución y hacer posible que el plexo axiológico que contiene la Norma Normarum se convierta en una realidad tangible.”(Navarro, 2009, pg.VI)

Si bien la Norma Normarum establece los derechos constitucionales de los sujetos, es menester que se dote de garantías constitucionales a fin de que éstos sean mecanismos para que el fin que se busca, en éste caso la justicia constitucional, tenga efectividad en la realidad; dado a que sin dichas garantías no sería posible defender los derechos individuales o colectivos frente a las autoridades, o privados, quedando en buenas intenciones.

Es así, que en función de que exista la debida reparación en caso de haberse realizado una determinada violación por parte de la autoridad pública, la asamblea constituyente también se pronunció respecto del principio de responsabilidad estatal que:

“Debe estar presente en las instituciones del Estado así como sus delegatarios y concesionarios quienes están obligados a reparar los daños, perjuicios causados a los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos, por las acciones u omisiones de sus funcionarios o empleados en el desempeño de su cargo...las instituciones mencionadas ejercerán en forma inmediata y esto es rescatable en forma inmediata, el derecho de repetición en contra de los funcionarios o delegatarios responsables por concepto de la reparación del daño producido a las personas o sus víctimas”. (Acta Constituyente 07-08-28, 2008, p.43)

Por lo mencionado las acciones constitucionales tienen miras a la reparación en materia de derechos constitucionales e incluso se propuso que “sean de carácter imprescriptibles.” (Acta Constituyente 07-08-28, 2008, p.43) Siendo este avance constitucional sumamente importante, ya que de esta manera se evitará la impunidad y permitirá empoderar el marco jurídico legal rescatando

este derecho de los ciudadanos en función de reclamar nuestros derechos constitucionales.

Finalmente cabe recalcar que la acción de protección sirve como garantía reparadora en el caso de violaciones a los derechos constitucionales realizadas por acción u omisión de agentes del Estado; así como de privados en las condiciones impuestas como son la subordinación, la indefensión, entre otras permitiendo de esta manera hacer efectivo el acceso a la justicia acercando hacia la colectividad mecanismos para exigir una reparación integral, tal como lo expresa la opinión del ex magistrado de la Corte Interamericana Antonio Augusto Cancado Trindade "...El sentido histórico de las reparaciones es que ellas también permiten superar la venganza o la justicia privada", (2010,pp.210)

Es decir, no únicamente sirve a manera de cicatrización del individuo afectado, sino que por el contrario tiene un efecto social directo, evitando que las personas tomen la justicia por mano propia y actúe en sentido inverso acudiendo al Estado como principal administrador de justicia permitiendo la construcción de memoria histórica en la nación y obligando al Estado de ejecutar políticas públicas mismas que aseguren que casos similares no volverán a ocurrir.

1.2 Naturaleza de la Acción de Protección: Alcance constitucional de la acción de protección como mecanismo reparador

Justamente, otra de las dificultades más apremiante con los que nos tropezamos dentro del sistema judicial ecuatoriano en cuanto al marco práctico garantista destinado a la protección de los derechos constitucionales, es el que se refiere a la declaratoria de procedibilidad de la acción de protección.

La generalidad de los administradores de justicia que conocen dichas acciones concluyen declarar la improcedencia de las mismas alegando que la acción de protección requiere de ciertos elementos tales como la gravedad de una transgresión en los derechos o el estado de indefensión o cuando la violación

supone la privación de goce o ejercicio de derechos; así como también en otros casos el juez ha declarado improcedente dilucidando la presencia de distintas vías procesales en la jurisdicción ordinaria originándose así un escenario contrario al saneamiento de derechos vulnerados y de desplazamiento de las disposiciones de la normativa constitucional causando detrimento de su vigencia, supremacía y eficacia.

Cuando por el contrario la naturaleza de dicha acción es RESTABLECEDORA DE DERECHOS y REPARATORIA. La Constitución ecuatoriana vigente le enviste de facultad al Juez para reintegrar de inmediato la situación jurídica quebrantada, con miras de proveer un recurso oportuno cuyos efectos sean inmediatos.

Al respecto Cueva (2011, 141) expresa que:

“..Bajo ningún concepto se puede dejar de reconocer los derechos constitucionales y los demás que constan en los instrumentos internacionales de derechos humanos; tampoco está permitido obviarlos. Más todavía en caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente; en consecuencia, no existe pretexto alguno para desconocer, para no aplicar o para restringir el alcance y contenido de las normas jurídicas creadoras de los derechos.”

Es decir, se destaca que las normas constitucionales y las demás que constan en los instrumentos internacionales de derechos humanos deben ser aplicadas en forma obligatoria, aunque las partes no las invoquen expresamente o no las citen, por lo tanto la autoridad jurisdiccional debe aceptar la demanda dado que no se puede alegar falta de ley o desconocimiento de la misma para justificar la vulneración de derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

1.3 La reparación entre particulares: Teoría *Drittwirkung* Der *Grundrechte*

“Muchas veces pensar en los derechos humanos es soñar con un mundo perfecto. Es situarnos quizás, en el “laberinto borgiano de Ts’uiPên” (Borges, 1984, p.84) en el cual no se bifurca el espacio, sino el tiempo para que la realidad adquiriera distintas dimensiones y allí, intentar escapar del presente recorriendo otros futuros, presintiendo la llegada a ese mundo sin hambre, sin explotación, sin analfabetismo, y sin discriminación, o la imagen de seres humanos libres. Pero pensar en los derechos, desde el laberinto del tiempo, es también mirar la historia y darnos cuenta de cómo la búsqueda por superar la opresión ha sido, desde distintas perspectivas y en diferentes momentos, una búsqueda incesante llena de avances y retrocesos, de encuentros y desencuentros, de largos caminos recorridos y la existencia de otros no explorados.” (Rey Cantor y Rey Anaya, 2005, p.67)

El constitucionalismo moderno surge como consecuencia de los desatinos del Estado de Derecho desmedidamente positivista, el mismo que no consiguió zanjar adecuadamente las parquedades y dificultades de las naciones.

Es así, que el precedente al neoconstitucionalismo

“se halla durante y posterior a la Segunda Guerra Mundial, fase en la cual existieron diversas formas de quebrantamiento a derechos humanos y fundamentales; dado que se desarrolló fuertemente en Estados dictatoriales, dentro de los cuales no coexistían garantías jurisdiccionales para el ejercicio de los derechos.” (Pisarello, 2007, pp.123)

Por consiguiente, el neoconstitucionalismo surge dada la insuficiencia de instrumentos efectivos que restrinjan el poder estatal de manera que eludan los actos desmedidos de la autoridad pública vulneradora de los derechos constitucionales, naciendo de esta forma lo que al presente entendemos como

garantismo o tutela efectiva de los derechos de los individuos con el fin de lograr desarrollar normas progresistas en el ámbito constitucional y en el ámbito de derecho internacional de los derechos humanos.

Es por ello, que en su mayoría las constituciones de Latinoamérica gozan un listado extenso de derechos, algunas incluso reconociendo derechos sociales como derechos constitucionales y de cumplimiento inmediato.

La instauración de fundamentos del garantismo en sus diversas manifestaciones así como del principio de ponderación en el sistema alemán nace el año 1958, a través del fallo dictado en el célebre caso “Lüth”, en el cual el Tribunal Constitucional Federal alemán, exteriorizó la necesidad de restringir el ejercicio de poder por parte de particulares y además en todas las relaciones jurídicas de carácter privado.

“A partir de este momento de gran trascendencia histórica, las constituciones dejaron de verse como un documento normativo rígido, cuyo objeto exclusivo era la organización del poder y pasaron a ser consideradas como cuerpos de normas materiales, que permiten una adecuación efectiva a las dinámicas necesidades de protección de los ciudadanos.” (Prieto, 2008, p.42)

De esta forma la aplicación inmediata de los derechos constitucionales dentro de las relaciones administradas por el Derecho Privado se adaptaron de forma directa, con el fin de salvaguardar el ejercicio efectivo de los derechos y no solamente cuando los abusos de poder procedían por parte de instituciones del Estado.

La teoría alemana *Drittwirkung der Grundrechte* ha atribuido la obligación de aplicar derechos fundamentales, de forma inmediata, dentro de relaciones entre particulares, “al deber de protección (*Schutzpflicht*) que tiene el Estado. Éste es el comportamiento que deben asumir los órganos estatales cuando la conducta de terceros, principalmente particulares, pero también otros Estados, vulnera o pone en peligro los bienes ius fundamentalmente protegidos”. (Estrada, 2000, p.75)

El deber de protección hace referencia al vínculo positivo entre el Estado, que es sujeto activo obligado a resguardar ciertamente los derechos y libertades de los conciudadanos, siendo estos segundos quienes por su parte los sujetos pasivos.

Sobre esto el tratadista Masapanta (2010, p.91) menciona que “frente al deber de protección del Estado existe un correspondiente derecho subjetivo que permita reclamar, a los órganos competentes, la actuación debida para proteger efectivamente los derechos de los ciudadanos.” De esta manera, en el Ecuador es precisamente la acción de protección el mecanismo adecuado para interponer dicha acción.

Por su parte, Prieto (2007, pp. 216) sintetiza la relación existente entre el neoconstitucionalismo y el Derecho Privado de la siguiente manera:

“Detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice; si puede expresarse así, el sistema queda saturado por los principios y derechos”.

Para explicarlo por vía de ejemplo, la mayor parte de los artículos del Código Civil protegen bien la autonomía de la voluntad, bien el sacrosanto derecho de propiedad, y ambos encuentran sin duda respaldo constitucional. Pero frente a ellos militan siempre otras consideraciones también constitucionales, como la llamada función social de la propiedad, la exigencia de protección del medio ambiente, de promoción del bienestar general, el derecho a la vivienda, y otros muchos principios o derechos que eventualmente pueden requerir una limitación de la propiedad.

Frente a esta situación, los tribunales constitucionales asumirán el protagonismo desafiando escenarios dentro de la cual la autonomía privada se verá limitada cuando coexista una necesidad exclusiva de precautelar derechos constitucionales. De allí el problema que brota de este vínculo, es la posibilidad de abrir una brecha dentro del sistema en la cual la seguridad jurídica propia del sector privado se viese afectada.

Dado que el límite de las injerencias no está regulado en ninguna parte, los principios y valores constitucionales son muy amplios y tienen una naturaleza adaptable y moldeable de acuerdo al caso concreto.

De esta manera, el neoconstitucionalismo podría colarse en todos los ámbitos del Derecho Privado...En principio, la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* sólo podía ser teóricamente aplicable en jurisdicciones como las de Alemania y España, debido al marco constitucional existente., es un asunto que interesa sólo en los casos en que exista una jurisdicción constitucional, ante la cual pueda adelantarse un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, y por último que dicha jurisdicción se haya declarado a su vez competente para conocer por tal procedimiento conflictos sobre posiciones ius fundamentales que tengan su origen último en relaciones entre particulares”

En un Estado constitucional de derechos y justicia, la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* son fundamentos que sin duda deberían ser tomados en cuenta por parte de los órganos que sirven como instrumentos para permitir la plena tutela y vigencia de los derechos constitucionales, dado que genera una particular relación entre la jurisdicción constitucional, la jurisdicción ordinaria y el rol del legislador en observancia a mantener la seguridad jurídica en el ámbito del Derecho Privado.

Efectivamente teoría *Drittwirkung der Grundrechte* en el ámbito del derecho constitucional abre incógnitas sobre la actuación del poder judicial ecuatoriano, dado el marco garantista que ofrece la Constitución vigente así como la presencia de mecanismos que prevén garantizar el respeto a los derechos constitucionales ya que:

“La conducta del juez, al hacer caso omiso de la influencia del contenido objetivo de un derecho fundamental en las relaciones inter privados, supone no sólo lesionar el derecho constitucional objetivo, sino también vulnerar al quejoso en su derecho constitucional subjetivo.” (Abramovich, 2006, p.23)

1.4. Limitaciones a la Acción de Protección de acuerdo a la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

1.4.1. Todo Acto u omisión de las personas naturales o jurídicas del Sector Privado que viole los derechos cuando presten servicios públicos impropios o de interés público.

Para abordar el tema sobre la prestación de servicios, es menester mencionar que el objeto de la administración del Estado es la prestación de servicios continuos, eficientes, permanentes encaminados a satisfacer las necesidades de la colectividad. Por ello, el servicio que se preste deberán en muchas ocasiones delegarse a personas naturales o jurídicas del sector privado de manera que la prestación de servicio cubra a la generalidad de los ciudadanos.

Sobre esto, Zabala (2010, pp.212) define que el "Servicio Público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del Derecho Público, bien que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios, de administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas".

Ahora bien, en palabras diferentes a las del tratadista Efraín Pérez (2000, p.78) concluye que los servicios públicos se derivan en: Servicios Públicos esenciales, servicios públicos no esenciales, servicios públicos propios, siendo éstos últimos obligatoriamente prestados por el Estado; y finalmente servicios públicos impropios siendo estos últimos los que son objeto de esta tesina ya que son prestados por particulares sujetos al ordenamiento establecido por parte del Estado.

Por consiguiente, los servicios públicos impropios son aquellos facilitados por intermedio de personas particulares; que aún cuando son diferentes a la administración pública se hallan reguladas de acuerdo a disposiciones gubernamentales.

Al respecto el doctor Cueva (2011, p.159) define como servicio público impropio a “aquel que es prestado por personas privadas, naturales o jurídicas, de conformidad con la normatividad establecida por la Administración Pública.”

Por ende las personas privadas pueden prestar servicios públicos impropios en materia de salud, educación, transporte, seguridad social, etc.

Como se puede deducir, la intención de que la acción de protección proceda cuando una persona jurídica privada vulnere derechos constitucionales, es precisamente proveer al ciudadano del mecanismo constitucional adecuado para que haga frente a particulares quienes en el ejercicio de la prestación de cualquiera de los mencionados servicios pudiesen menoscabar sus derechos.

Por otro lado, en cuanto a servicio de interés público, se entiende como “un conjunto de prácticas y estrategias judiciales encaminadas a la satisfacción de las necesidades sociales y tiene por finalidad: la defensa del interés colectivo, la promoción de los derechos humanos y la justicia social”. (Cueva 2011, p.161)

Aquí es necesario hacer hincapié en que la Constitución del Ecuador declara que determinados servicios del sector público como responsabilidad del Estado siendo estos “...agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.” (Constitución del Ecuador, 2008, art. 113)

Además la carta magna dispone que dichos servicios públicos deberán sujetarse a principios de “obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad y que, el Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.” (Constitución de la República, 2008, art.114)

Así mismo, con el fin de precautelar el interés público el Estado se excluye que la prestación de servicios pueda ser ofrecida por particulares en los sectores que se consideren estratégicos los mismos que se entienden son de

trascendencia y de influencia económica, social, política o ambiental y que deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Determinando así como sectores estratégicos “ la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.” (Constitución del Ecuador, 2008, art. 113)

En conclusión, el servicio de interés público está concebido con el fin de servir a toda la comunidad satisfaciendo las necesidades de la colectividad, siendo lo contrario del interés privado o individual; y por tanto todo acto u omisión de las personas naturales o jurídicas del sector privado que menoscabe el ejercicio de los derechos constitucionales es demandable vía acción de protección a fin de que se repare los daños ocasionados por la mala prestación de dichos servicios o la omisión de los mismos.

1.4.2 Vulnerar derechos reconocidos en la Constitución o suponer la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales.

El enfoque de este trabajo está orientado a realizar un análisis preliminar en cuanto a las distintas limitaciones expresadas en la el artículo 88 del texto constitucional vigente en cuanto a la acción de protección se refiere, de manera que se pueda determinar el efecto que causan estas condiciones en el acceso a la justicia constitucional y por ende la reparación integral que conlleva. Por tanto, es imprescindible comprender lo que la Constitución quiere decir con la utilización de los verbos “Vulnerar”, “Suponer”.

El doctrinario Badeni (2001, pp.97) establece dos maneras de “Vulneración” pudiendo ser positiva o negativa, afirmando que:

“Esta primera forma de violación de los derechos reconocidos por la Constitución se caracteriza porque la autoridad pública no judicial puede vulnerar derechos mediante sus actuaciones, en ejercicio de sus

facultades; es decir, en forma positiva, directa y con intención de violarlos. Y una segunda manera es la omisión de actuar, absteniéndose de actuar, hacer, declarar o ejecutar una disposición que debiendo realizarla se obvió”.

En otras palabras se desprende que ésta segunda forma de vulneración es a causa de la insuficiente actuación por parte de la autoridad pública, pudiendo ser consecuencia de mala fe, falta de diligencia, desconocimiento, intención de causar daño o cualquier otra razón; en ambos casos la Acción de Protección puede actuarse.

En un segundo plano, la intención del constituyente abarca a políticas públicas como se observa a continuación:

1. Cuando dichas políticas supongan la privación del goce de los derechos reconocidos por la Constitución o,
2. Cuando supongan privación del ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución.

Según el diccionario de la Lengua Española (2006,pp. 420), Suponer significa “Dar por sentada y existente una cosa. Fingir, dar existencia ideal a lo que realmente no la tiene.4. Conjeturar, calcular algo a través de indicios que se poseen”.

Sobre esto, se desarrolla una tesis extensa de la cual concluye lo siguiente:

“Si aplicamos a la práctica jurídica el concepto del verbo irregular “suponer” debemos concluir que cabe la acción de protección contra las políticas públicas cuando un sujeto considere o crea que su aplicación va a violar sus derechos; es decir puede presentar su acción antes de que ocurra tal violación y, el juez, en su sentencia, debe

adoptar las medidas más aconsejables a fin de impedirlos.” (Cueva, 2011, pp.137)

En este caso, la acción tendría un efecto preventivo porque su interposición sería anterior a la violación.

Sosteniendo una concepción parecida a la anterior el Dr. Cevallos (2009, pp.23) desarrolla lo siguiente con respecto a la garantía jurisdiccional en estudio:

“Acción que permite al ciudadano no solo recurrir por la violación de un derecho fundamental, sino por la vulneración de cualquiera de los derechos garantizados en la constitución, sin esperar que el acto se consuma o la omisión impida ejercer su derecho, definición constitucional que es recogida en la nueva Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional...”

En conclusión, en ambas afirmaciones es imprescindible notar el carácter garantista de la Constitución, y que la acción de protección cobra sentido al buscar precautelar al individuo; estableciéndose de esta forma garantías que son tanto cautelares como de fondo o conocimiento, debiendo solicitar la medida cautelar cuando se trata de evitar una violación, acción preventiva, o cuando se debe detener el cometimiento de una violación de derechos, acción que permite cesar un acto, no importa la gravedad; y cuando la acción ya se ha ejecutado con la violación o ya se ha consumado, es una acción reparadora.

Por otro lado, se considera necesario conceptualizar el daño en la acción de protección de manera que pueda ordenarse su reparación integral inmediata y de ésta manera obtener acceso a la justicia constitucional que como se dispuso anteriormente fue parte de la voluntad del constituyente en la creación de garantías jurisdiccionales.

Al respecto el tratadista Capitant (1975,pp.183) explica lo que se entiende por el daño:

“Perjuicio material o moral sufrido por una persona. El daño da lugar a reparación cuando resulta del incumplimiento de una obligación contractual o legal, o de un delito o cuasidelito o de un hecho cuya responsabilidad es impuesta por ley a una persona.”

La Constitución del Ecuador (2008, art.88) menciona que:

“...de ser la violación causado por persona particular debe provocar daño grave” de manera que, un daño leve no es suficiente base para iniciar la acción.

Sin embargo de lo anterior, la doctrina especifica que es procedente la acción de protección con la simple producción del daño, aun cuando el acto hubiere sido revocado o se hubiere extinguido, puesto que, si se produce el daño, necesariamente hay que repararlo de alguna manera, porque no existe daño no susceptible de reparación.

En relación con esto, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2008, art. 42) establece que es improcedente la acción “cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación”.

Ahora bien, se advierte el siguiente problema: “la norma dice que procede esta acción en el caso de revocatoria o de extinción del acto si se derivan daños susceptibles de reparación, ¿y cuando los daños no sean susceptibles de reparación, procede esta acción?”. (Cueva, 2011,171)

La respuesta de acuerdo a lo explicado es negativa, argumentando que para que proceda ésta acción se requiere, necesariamente, los dos requisitos, esto es daño y posibilidad de reparación; y por tanto, no sería procedente.

En antítesis, el fin de este trabajo es demostrar que la acción de protección es un instrumento de reparación, y que por tanto la intencionalidad de este instrumento es el de ofrecer al ciudadano mecanismos efectivos, ágiles y eficaces de resarcimiento y por tanto, exigir que el daño deba ser susceptible de reparación es paradójicamente limitante y contrario a la defensa y protección de los derechos.

1.4.3 El daño grave en la acción ordinaria de protección

Como ya se ha mencionado anteriormente, no cualquier daño sirve de fundamento para proponer la acción ordinaria de protección, sino únicamente el daño grave. ¿Qué es entonces, el daño grave?

Para poder comprender lo que por daño grave se entiende, es necesario que se analice en primer lugar el término grave por sí mismo, para de esa forma comprender el significado que entraña la norma constitucional.

El término grave deriva del latín “Gravis” y significa: grave, pesado, cargado dañoso, peligroso. (Diccionario de la Lengua Española, 2006,pp. 245)

En el mismo sentido el tratadista Cabanellas (1982, pág.197) define al término grave de la siguiente forma “Grande, importante.- De responsabilidad ardua o difícil”.

Una acepción del término más o menos parecida es la que señala Cueva, (2011, pp.170) quién denomina grave a “Aquel que es considerable, importante...siendo el daño grave cuando el efecto que produce es grande, cuantioso, o casi permanente en el sujeto que padece la violación de sus derechos”.

Por tanto surge el cuestionamiento, ¿Es adecuado que la norma constitucional no considere procedente la acción de protección cuando el daño causado es leve, tomando en cuenta la misma es un mecanismo constitucional encaminado a la protección de derechos fundamentales y en consecuencia a la reparación de los mismos?

Definitivamente no; una garantía constitucional de derechos humanos no puede estar supeditada a términos subjetivos de lo que a criterio y buen entender se considera grave, por el contrario la obligación de reparar el cometimiento de cualquier daño ocasionado en perjuicio de los derechos debe ser integral indistintamente de los efectos que se deriven de la violación de los mismos.

Sobre la norma en análisis dado el marca garantista constitucional que existe se debe promover que sobre ello los jueces hagan una interpretación extensiva de la norma constitucional bajo el principio pro homine; es decir, dado a que el mandato constitucional en cuestión, gramaticalmente es defectuoso; o, el sentido de la expresión es incoherente respecto del pensamiento de la Ley, el intérprete, debe acudir a los principios de la justicia constitucional que se hallan en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (artículo 3) donde se enuncia que:

“las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integridad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente”.

Lo mencionado se relaciona con la obligación impuesta a toda autoridad pública, de aplicar directa e inmediatamente los derechos y garantías establecidos en la Constitución, ya sea de oficio o a petición de parte.

Adicionalmente, en virtud del Bloque de Constitucionalidad, los jueces constitucionales, pueden introducir en sus sentencias de Garantías Jurisdiccionales, principios desarrollados en el ámbito internacional de derechos humanos.

Sobre esto, Miguel Carbonell (2005, pp.312) señala lo siguiente:

“La interpretación conforme se da cuando, al tener la posibilidad un juez de aplicar a un caso concreto la interpretación X1 de una ley o la

interpretación X2, opta por la que sea más favorable para cumplir de mejor forma con algún mandato constitucional”.

Es decir, la interpretación conforme a las leyes, debe guiarse hacia el mejor cumplimiento del texto constitucional, que es la efectiva vigencia de los derechos”

El constitucionalismo moderno establece una nueva hipótesis jurídica, diferente al régimen de Derecho fundamentado en el positivismo puro; es decir hoy en día, “las juezas y los jueces constitucionales, dejan de ser boca de la Ley para convertirse en cerebro y boca de la Constitución” (Ávila, 2008, p.30).

Los jueces constitucionales, están obligados a garantizar el ferviente cumplimiento de la Constitución vigente, de forma primordial, esencialmente los derechos y libertades fundamentales, que gozan de fuerza vinculante, los cuales son de directa e inmediata aplicación, y plenamente justiciables.

Atinadamente ha afirmado el tratadista español Prieto (2009, pp.99) “una constitución transformadora pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde irremediamente la última palabra se encomienda a los jueces.”

Por ende hacia la búsqueda de llevar a cabo el deber jurídico, los jueces están llamados a la práctica de la interpretación normativa por lo que la presente tesis de grado defiende la posición de que mientras exista un daño sea este grave o no, se debería proceder a reparar el daño producto de una violación a los derechos mediante sentencia constitucional.

1.4.4 Daño susceptible de reparación

Por otro lado, la improcedencia de la acción establecida en el artículo 42 de la ley mencionada en el numeral segundo señala “Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación”(el subrayado es mío).

Sobre ello, se entiende que existen daños que no son susceptibles de reparación, por lo que este trabajo expone una crítica a lo declarado dado que el enunciado supone la privación del derecho de acción de los ciudadanos cuando basado sobre esta norma se desprenda que efectivamente se incurrió en daño pero que sin embargo, no son susceptibles de reparación; y en ese caso se obviaría el principio de reparación integral del daño en el que todo detrimento tanto leve como grave considerado violación de derechos constitucionales debe ser reparado.

En primer lugar, debemos subrayar que la reparación no es una panacea que cual medicamento, va a solucionar todas las secuelas graves que produce la violación de derechos constitucionales, dado que habrá consecuencias irreparables a nivel individual como colectivo; la reparación por tantocomo ha señalado indisputablemente el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el brasileño Antonio Cançado(2004, pp.135) “las reparaciones en lugar de verdaderamente reparar, más bien alivian el sufrimiento humano[...] El mal cometido no desaparece: es tan solo combatido, y mitigado”.

Bajo esa perspectiva, el daño sea leve o grave deberá ser motivo de un proceso de reparación, el cual no puede ser eludido ya que precisamente *esta garantía constitucional es de carácter reparadora y su creación se halla apoyada en altos principios teleológicos y axiológicos que precisamente se encaminan a reestablecer derechos constitucionales irrumpidos, habiéndose derivado de estos daños graves o leves.*

1.4.5 Estado de Subordinación

Por otro lado, para la tutela judicial efectiva contra acciones arbitrarias cometidas por un sujeto particular hacia otro; así como el abusivo uso de poder privado frente a individuos, se ha establecido derechos garantizados constitucionalmente mediante la acción de protección y que a continuación se analizará las limitaciones que la norma interpone mediante el uso de los siguientes términos:

De acuerdo al numeral 4 del artículo 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

“Procede la acción de protección contra todo acto u omisión de las personas naturales o jurídicas del sector privado que viole los derechos si la persona afectado se encuentra en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo” (el subrayado es mío).

“...Es decir, si, en general, ocupa un segundo plano en la relación jurídica, como cuando se encuentra en relación de dependencia de otro sujeto.” (Gangotena, 2010, pp. 145).

De manera que, para comprender de mejor manera la norma este trabajo analizará este artículo tomando en cuenta estos dos criterios tanto la subordinación como la indefensión precisándose una examinación de estos dos términos.

El cuestionamiento que planteo es ¿Cuánto se entiende que un sujeto se encuentra en estado de subordinación? Para ello se debe iniciar conceptualizando el vocablo por lo que de acuerdo a Guillermo Cabanellas (1982, pp.87) la subordinación es “Sujeción a la orden, mando o dominio de uno”.

Por su parte el tratadista Rafael Oyarte (2008, pp.156) define que:

“La subordinación supone una relación entre un sujeto que manda y otro que obedece en virtud de una norma legal, reglamentaria o disposición administrativa. Lo característico en esta relación es el sometimiento de un sujeto hacia otro dentro de una relación jurídica de dependencia”.

La subordinación a constituido en el derecho laboral el elemento característico de todo contrato, y alrededor de ello se ha creado un sistema de tutela que regula las relaciones laborales en los distintos modelos económicos; y sobre ello la tratadista Ruth Ruiz Alarcón (2009, p.8) advierte que “En materia laboral se debe precisar los diferentes tipos de subordinación y teorías, entre los que nombra la dependencia técnica, la dependencia económica y la dependencia jurídica”.

La dependencia técnica, predica la subordinación, como la obligación del trabajador de someterse a instrucciones sobre la forma de realizar un trabajo. La dependencia económica, se halla presente en la relación de trabajo subordinado, en la medida que el servicio es prestado por el trabajador tiene como fin el obtener una remuneración por parte del empleador, sin que ello comporte una subordinación jurídica específica.

La dependencia jurídica es una facultad que detenta el empleador que permite exigirle al trabajador, el cumplimiento de órdenes en cualquier momento e imponerle reglamentos, sin que afecte su honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador.

Por tanto en las condiciones antes expuestas se prevé que bajo una relación de subordinación de un sujeto a otro, cabe la posibilidad de que pueda ocurrir abuso, autoritarismo o trato que vulnere los derechos del sujeto supeditado creando de esta forma la acción de protección con el objeto específico de amparar a dicho trabajador.

Cabe mencionar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en casos laborales ha declarado que:

“Los poderes del empleador para exigir la subordinación del trabajador, tienen como límite obligado el respeto por la dignidad del trabajador y por sus derechos fundamentales.

Estos por consiguiente, constituyen esferas de protección que no pueden verse afectados en forma alguna por la acción de aquel, porque los empleadores se encuentran sometidos a la constitución sumisión que no solamente se origina y fundamenta en la Constitución, en cuanto los obliga a acatarla y le impone como deberes respetar derechos ajenos y no abusar de los propios, obrar conforme principio de solidaridad social, defender los derechos humanos y propender al logro y mantenimiento de la paz, lo cual se logra con el establecimiento de relaciones laborales justas en todo sentido sino en el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Igualmente dichos poderes se encuentran limitados por las normas contenidas en los convenios y tratados internacionales relativos a derechos humanos en materia laboral” (Corte Constitucional Colombiana, 1994)

En conclusión la subordinación entendida como la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen no implica la posibilidad de transgredir en sus derechos constitucionales y en caso de hacerlo la acción de protección es el mecanismo adecuado para solicitar la inmediata reparación frente al abuso de poder.

1.4.6 Estado de Indefensión

Es oportuna la acción de protección no únicamente cuando un particular haciendo uso de determinada posición dominante somete abusivamente a quién

se halle en sumisión sino que también frente a aquellos particulares que por su contexto social, físico, psicológico se halle en detrimento.

De manera que la acción de protección busca restablecer las asimetrías existentes entre los individuos, por lo que los efectos derivados de la protección a los derechos constitucionales están dirigidos a tener eficacia horizontal, promoviendo entre otros el principio de igualdad y no discriminación dado que precisamente las arbitrariedades entre las relaciones se proporcionan por las condiciones de desigualdad que pudiese existir en el ámbito social o personal; es decir la parte débil tiende a quedar sometida frente a los designios de quien ejerce autoridad, de manera que el otro individuo que se encuentre en estado de indefensión queda imposibilitado de asumir un rol activo en su defensa.

En apoyo a lo mencionado, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana (2009) señaló en relación con la indefensión, que:

“Además de implicar dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate.”

Más adelante en otra sentencia expedida por la Corte Constitucional Colombiana (2010) hace referencia a algunas situaciones entre las que podría derivarse la; así destacó que puede presentarse la acción de protección:

“(i) cuando la persona está en ausencia de medios de defensa judiciales eficaces e idóneos, que permitan conjurar la vulneración ius fundamental por parte de un particular; (ii) personas que se hallan en situación de marginación social y económica, (iii) personas de la tercera edad, (iv) discapacitados (v) menores de edad.”

En conclusión, la acción de protección permite a un individuo quién se halla en indefensión producto de una precaria situación económica, en razón de su edad, de su sexo, de su origen étnico entre otras; poder acceder a una garantía reparadora de los derechos constitucionales que le han sido transgredidos, poniendo un alto a particulares o entidades públicas quienes abusando de estas limitaciones han puesto a en indefensión a determinados individuos haciéndolos incluso objeto de humillaciones y vejámenes.

CAPITULO II

2. LA REPARACIÓN INTEGRAL EN SISTEMAS JURÍDICOS INTERNACIONALES

2.1 Aproximación de la reparación integral en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El objeto de la presente tesis se encuentra basado en la demostración de que la acción de protección como garantía jurisdiccional es un instrumento de reparación con la mirada y la perspectiva puesta en las víctimas que hayan sido objeto de vulneración de derechos constitucionales, los mismos que se han convertido en un elemento esencial para abordar las múltiples formas de reparación que existen; y de esta manera subsumir la afectación de forma integral en todos los ámbitos en los que hubo repercusión así como los perjuicios derivados

Así mismo, está enfocado en primer plano a realizar un acercamiento a los distintos sistemas internacionales más influyentes en materia de protección de derechos humanos, tal como es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el tribunal europeo de derechos humanos y Corte Africana de Derechos Humanos, dado a que de ellos han brotado diferentes modelos garantistas adoptados por los diversos Estados miembros cuyos fines buscan construir una base progresista de derechos.

El Ecuador ha sido precisamente uno de los Estados que sin duda alguna, ha logrado grandes avances en protección de derechos mediante la adopción de un marco constitucional garantista inspirado en corrientes internacionales tales como las mencionadas, lo que le ha llevado a situarse en el foco de los países latinoamericanos dentro de lo que es este fenómeno cuya cabal comprensión seguramente tomará aún algunos años más en desarrollarse.

Posteriormente se ahondará en el ordenamiento jurídico nacional para realizar un análisis amplio sobre cómo se repara en el Ecuador partiendo de las premisas que se trataron en el capítulo anterior.

Ahora volviendo a la parte primera, la importancia de abordar el tema de la reparación desde una visión macro es porque precisamente en 1969, los Estados convencidos de la libertad personal y la justicia social, signaron el Pacto de San José, el mismo que se funda en el respeto de los derechos individuales del hombre; y, desde entonces sus articulados se han incorporado como principios trascendentales para los procedimientos judiciales, así como también la obligación existente de reparar integralmente a las víctimas ha sido un tópico que se ha desarrollado ampliamente especialmente en las sentencias dictadas tanto en el sistema americano cuanto en el sistema regional europeo como se desarrollará ulteriormente.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como un sistema regional de protección de derechos humanos, es el ente internacional facultado a expedir sentencias de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados americanos mismos que en el marco de su soberanía lo adoptaron como instrumento internacional destinado a la observancia, promoción, protección de éstos derechos. De allí se dio origen al principio de derecho internacional que enuncia: “es imputable como obligación del Estado el reparar en una forma adecuada como la consecuencia necesaria de un hecho ilícito imputable al mismo” (.Faúndez, 1999, pp. 800)

Precisamente los diversos organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha manifestado en cuanto a la importancia que tiene la reparación integral en reiteradas ocasiones y, es palpable que en varios antecedentes jurisprudenciales se acogen continuamente los preceptos expuestos en los diferentes tratados; lo que a toda luz indica que mundialmente se cuenta con una red de instrumentos

internacionales en materia de protección que a su vez están entrelazados y que de ninguna manera forman cuerpos legales aislados.

A manera de ejemplificar lo dicho, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reafirma lo mencionado por la Convención Americana de los Derechos y Deberes, quienes previeron

“el derecho de las personas a un recurso efectivo ante Tribunales nacionales competentes, que ampare al ciudadano contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley precisando en el artículo 8 que tal procedimiento debe ser sencillo y breve por el cual la justicia le ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.(Convención Americana de los Derechos y Deberes, 1969, artículo 8)

Además en el mismo cuerpo legal se establece que:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que lo amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” (Convención Americana de los Derechos y Deberes, 1969, art. 25)

De esta manera se entrelazan los principios pro ser humano ratificados a lo largo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y se establece como común denominador el derecho humanitario en los diferentes sistemas internacionales existentes, dado que en efecto, la obligación de respetar y hacer respetar los derechos humanos y el derecho humanitario incluye el deber de prevenir las violaciones, investigarlas, tomar medidas apropiadas contra los violadores y proporcionar recursos jurídicos y reparación a las víctimas.

Entre los principios compartidos entre los distintos tratados internacionales mencionados precisamente se halla el que “los Estados tienen el deber de adoptar cuando la situación lo requiera, medidas especiales a fin de permitir el otorgamiento de una reparación rápida y plenamente eficaz.” (Van Boven, 1997, pp.17)

La reparación deberá lograr soluciones de justicia eliminando o reparando las consecuencias del perjuicio padecido, así como que se cometan nuevas violaciones, a través de la prevención, la disuasión y deberá ser proporcionada a la gravedad de las violaciones y del perjuicio sufrido, y comprenderá la restitución compensación, rehabilitación y garantías de no repetición.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también acoge lo expresado por las Naciones Unidas a través de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en cuanto a que:

“El derecho de restitución indemnización y rehabilitación de las víctimas como los principios y directivas que deberían tener en cuenta los Estados, las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales haciendo énfasis en que en caso de que las normas internacionales y nacionales difieran entre sí, deberán aplicarse siempre aquellas normas que otorguen el nivel más alto de protección en concordancia con diversas normas internacionales y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” (CIDH, 2002, pp. VII)

De esta manera se concluye que efectivamente la reparación es un tema de altísimo interés a nivel mundial tanto por los alcances que tiene a nivel extraterritorial mediante la existencia de jurisprudencia que sirve a su vez como antecedente para casos futuros, como por la repercusión a nivel interno del Estado donde determinada violación tomo lugar influyendo obligatoriamente en reformas de políticas públicas y finalmente por el saneamiento que busca la

víctima del caso en particular y consecuentemente la armonización de la sociedad dado a que se crea un ambiente de seguridad.

2.2 Análisis de Jurisprudencia Comparada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A continuación se hará un acercamiento sobre la forma en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió en el caso Suarez Rosero mediante sentencia expedida el 12 de noviembre de 1997 en lo concerniente a reparación; con el fin de realizar un análisis comparado de sentencias buscando constatar el avance que ha tenido este órgano en materia de reparación integral con relación a la sentencia otorgada en el caso Zambrano Vélez expedida diez años más tarde el 4 de julio de 2007.

2.2.1. Análisis del Caso:

“El 23 de junio de 1992, el señor Rafael Iván Suárez Rosero es arrestado en el marco del operativo ciclón. Se lo mantiene detenido en el Regimiento Quito, en una celda húmeda, poco ventilada, de 5 x 3 mts² con otras dieciséis personas. El Señor Suárez Rosero fue detenido sin orden de juez competente y sin ser sorprendido en delito flagrante.

El día de su detención fue interrogado por tres fiscales, sin contar con la presencia de un abogado defensor. Apenas cinco días después de su detención se le permitió ver a su abogado, el 28 de julio de 1992, se le permite ver a su abogado, pasando incomunicado por este lapso de tiempo.

El 12 de agosto de 1992 se dicta auto de prisión preventiva en contra del señor Suárez Rosero. En dos oportunidades, el 14 de septiembre de 1992 y el 21 de enero de 1993, el señor Suárez Rosero solicitó que se revocara la orden que autorizó su detención preventiva, ambas peticiones fueron negadas.

El 29 de marzo de 1993, se interpone recurso de habeas corpus en su favor, el mismo que fue negado casi un año después, el 26 de enero de 1994, por cuestiones de forma.

El 9 de septiembre de 1996, es decir después de más de cuatro años de ser detenido, se lo encontró culpable en grado de encubridor del delito de tráfico ilícito de drogas.” (CIDH, Cançado, 1997)

En la sentencia respecto del caso Suárez Rosero en la parte referente a la Obligación de reparar; la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cançado, 1997) concluyó que “la reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (restitutio in integrum, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras).”

Y que por tanto, el Ecuador está obligado a pagar una justa indemnización al señor Suárez Rosero y a sus familiares y a resarcirles los gastos en que hubieran incurrido en las gestiones relacionadas con este proceso.

“Además que en materia de reparaciones es aplicable el artículo 63.1 de la Convención Americana, el cual recoge uno de los principios fundamentales del derecho internacional general ,reiteradamente desarrollado por la jurisprudencia...”

En cuanto a los beneficiarios de la Reparación la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó que:

“No existe controversia respecto de quienes habrán de ser considerados como beneficiarios de las medidas de reparación. El señor Suárez Rosero, la Comisión y el Estado han coincidido al señalar al primero, a la señora Ramadán Burbano y a la menor Micaela Suárez Ramadán como los beneficiarios” (CIDH, Cançado, 1997)

En cuanto a daños que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cançado, 1997) tomó en cuenta para la reparación integral constan:

a) “Daño Material: La Corte ha establecido que la indemnización por la pérdida de ingresos debe ser calculada usando el ingreso de la víctima, calculado con base en su salario real; “En cuanto al daño material, la Corte ha señalado que en el caso de sobrevivientes, el cálculo de la indemnización debe tener en cuenta, entre otros factores, el tiempo que la víctima permaneció sin trabajar...

La Corte considera que dicho criterio es aplicable en el presente caso ya que el señor Suárez Rosero se encuentra con vida.

La Corte declara que la indemnización por daño material en el presente caso debe comprender los siguientes rubros:

a) El pago de US\$ 27.324,77 (veintisiete mil trescientos veinticuatro dólares de los Estados Unidos de América con setenta y siete centavos), correspondiente a los salarios dejados de percibir por el señor Suárez Rosero desde el momento de su detención, un salario mensual de un monto aproximado de US\$ 449.40 (cuatrocientos cuarenta y nueve dólares de los Estados Unidos de América con cuarenta centavos)

b) el pago de US\$ 1.497,00 (mil cuatrocientos noventa y siete dólares de los Estados Unidos de América), correspondiente a los gastos de traslado y de ayuda doméstica que sufragó la señora Ramadán Burbano durante el encarcelamiento de su esposo.

c) El pago de los gastos del tratamiento físico del señor Suárez Rosero y el tratamiento psicológico de éste y de la señora Ramadán Burbano.

b) Daño Moral

La Corte estima equitativo conceder, como indemnización por daño moral, la cantidad de US\$ 20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) al señor Rafael Iván Suárez Rosero, la cantidad de US\$ 20.000,00

(veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) a la señora Margarita Ramón Burbano y una cantidad de US\$ 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) a la menor Micaela Suárez Ramón.”

Respecto de Otros tipos de Reparación se señaló que:

“La Comisión solicitó que la Corte ordenara al Estado ofrecer disculpas al señor Suárez Rosero por los actos y omisiones de las autoridades ecuatorianas en su contra.”

Con respecto a la solicitud de que el Estado presente una disculpa, la Corte considera que la sentencia sobre el fondo del presente caso constituye, en sí misma, una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para el señor Suárez Rosero y sus familiares.” (CIDH,Cançado, 1997) (El subrayado es mío)

Y, que se ordenara al Estado a tomar medidas efectivas para garantizar el procesamiento completo y expedito de las actuaciones todavía pendientes en el caso ante las cortes de jurisdicción interna”. (CIDH, Cançado, 1997)

Finalmente en la sentencia de 12 de noviembre de 1997, la CIDH (Cançado, 1997) declaró que:

“En el proceso contra el señor Suárez Rosero se cometieron violaciones de los artículos 7, 8 y 25 de la Convención Americana y que el Estado tiene el deber de reparar las consecuencias de dichas violaciones, de manera que no se ejecute la multa impuesta al señor Suárez Rosero y no se mantenga su nombre, por esta causa, en el Registro de Antecedentes Penales ni en el Registro que lleva el Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.”

De la sentencia antes expuesta, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado un papel fundamental dentro de la reparación a las víctimas de derechos humanos y que sin embargo, de las múltiples críticas de las que ha sido objeto este organismo por la tendencia a sostener que las reparaciones deben ser más altas de lo que los Estados perpetradores

consideraban necesario, ésta entidad ha logrado ampliar el espectro de la justicia en el ámbito internacional dejando un legado jurisprudencial avanzado para la época en la que fueron emitidas.

La reparación integral desde entonces tenía miras de ir más allá de la víctima misma, y beneficiar a quienes también se vieron perjudicados producto de los efectos de la violación y así mismo se puede destacar que aunque principalmente la reparación principal dentro del Caso Rosero Suárez fue la indemnización pecuniaria, también se incursionó en otras formas de reparación como el daño moral y la eliminación de su nombre tanto en Registro de Antecedentes Penales como en el Registro que lleva el Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Hay que tomar en cuenta que la reparación es

“...un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado incluso una concepción general de derecho que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo. (CIDH, 1989, pp. 25.)

Como se acentúa a lo largo de la sentencia, la reparación integral toma en cuenta una serie de análisis en cuanto a factores comunes en los casos similares en los que también se ha ocurrido en violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos; y de ello se puede notar que los casos uno de otros no son aislados; sino que por el contrario el antecedente jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene alto valor al momento de decidir cuáles son las formas en las que un Estado debe reparar.

Como se puede observar la Corte Interamericana menciona que per sé la sentencia es un documento reparador por lo que se segrega que ésta permite al individuo y la colectividad recobrar la dignidad y dar paso a aliviar las penumbras de lo que una violación de derechos acarrea. Sin embargo de ello

solicita al Ecuador tomar medidas reales sobre el caso tome para garantizar el debido proceso bajo criterios apegados a la legalidad de las actuaciones judiciales internas.

Ahora por otro lado, en el caso Zambrano Vélez en sentencia de 4 de julio de 2007; la Corte Interamericana de Derechos Humanos denota un avance significativo en cuanto a la reparación integral.

2.2.2. Análisis del caso Zambrano Vélez:

Los hechos del presente caso se desarrollan en el contexto de la declaración de un Estado de Emergencia nacional decretado por el Presidente de la República mediante dictó el Decreto No. 86 de 3 de septiembre de 1992.

“El 6 de marzo de 1993 las tres ramas de las Fuerzas Armadas (FF.AA), Marina, Fuerza Aérea y Ejército, y la Policía Nacional realizaron un operativo conjunto en una zona suburbana de la ciudad de Guayaquil denominada Barrio Batallón, ubicado entre las calles “40” y “K”.

Este operativo, enmarcado en el estado de emergencia declarado por decreto seis meses antes, fue planificado con tres meses de anticipación, contó con la participación de alrededor de 1.200 agentes y el apoyo de camiones del ejército, lanchas y un helicóptero. Durante el operativo, miembros de las Fuerzas Armadas encapuchados con pasamontañas utilizaron explosivos para abrir las puertas de las casas e ingresar a los domicilios de los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña, quienes se encontraban junto con sus compañeras y algunos de sus hijos y que fueron ejecutados extrajudicialmente por disparos de agentes estatales.

Según el Estado, el propósito principal del operativo era la captura de delincuentes, narcotraficantes y terroristas. Los hechos ocurrieron durante un estado de emergencia en que tiene imperio la ley militar, en la cual se coarta la posibilidad a la víctima o sus familiares de presentar denuncia penal, tanto las

autoridades militares y de policía como el Gobierno y el Poder Judicial se negaron a investigar y sancionar los hechos.

Catorce años más tarde, no se habían abierto un proceso en justicia ordinaria para investigar estas ejecuciones extrajudiciales, identificar a los responsables y sancionarlos.” (CIDH, García, 2007)

En la sentencia respecto del caso Zambrano Vélez en la parte referente a la obligación de reparar; la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que:

“Es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. Esa obligación de reparar se regula en todos los aspectos por el Derecho Internacional.” (CIDH, García, 2007)

Además menciona: “...que en su carácter de víctimas de la violación son acreedores a las reparaciones que fije el Tribunal por concepto de daño material e inmaterial, en su caso.” (CIDH, García, 2007)

Hace extensiva nuevamente al igual que la sentencia previa, que además de las víctimas directas de la perpetración también se considera parte lesionada a los familiares quienes “se vieron afectados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana; y que por ello los familiares de las víctimas serán acreedores de las reparaciones que el Tribunal fije por concepto de daño inmaterial...”(CIDH, García, 2007)

Analizada la información aportada por las partes, los hechos del caso y su jurisprudencia, la Corte (García, 2007) observó que:

“Pese a que no fueron aportados los comprobantes de gastos, es de presumir que los familiares de las tres víctimas fallecidas incurrieron en diversos gastos con motivo de su muerte... y que en consecuencia, la Corte estima pertinente fijar en equidad la cantidad de US\$2.000,00(dos mil dólares de los Estados Unidos de América) como

indemnización por concepto de gastos para cada una de las tres víctimas afectadas”.

Nuevamente mencionó que de acuerdo con la jurisprudencia internacional se ha establecido reiteradamente que “... la sentencia constituye per se una forma de reparación. No obstante, en el presente caso el Tribunal considera necesario fijar una compensación del daño inmaterial sufrido por las violaciones declaradas.” (CIDH, García, 2007) (el subrayado es mío)

Dicha cantidad deberá ser distribuida entre los familiares de las víctimas fallecidas, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 136 de esta Sentencia.” (CIDH, García, 2007)

Por otro lado, la CIDH (García, 2007) consideró necesario:

“Fijar una compensación del daño inmaterial sufrido por los familiares de las víctimas en relación con las violaciones declaradas, ocasionado por la desprotección generada por no haber tenido acceso efectivo a las garantías judiciales y protección judicial para que las autoridades competentes determinaran las circunstancias de la ejecución extrajudicial de los señores fijando en equidad, las cantidades de US\$ 25.000,00 a favor de cada una de sus compañeras y a favor de cada una de sus hijas e hijos, que el Estado deberá pagar a favor de cada uno de ellos.”

En cuanto a aquellas medidas de satisfacción que buscan reparar el daño inmaterial, que no tienen alcance pecuniario la Corte Interamericana (García, 2007) menciona las que a continuación se detallan; así como la disposición de medidas de alcance o repercusión pública.

a) “Obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones del presente caso, e identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables.”

Sobre esto se señala que el “Estado debe asegurar que los familiares de las víctimas tengan pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e

instancias de dichas investigaciones y procesos, de acuerdo con el derecho interno y las normas de la Convención Americana.”(CIDH,García, 2007)

Además que:

“Este derecho a la verdad, que se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación y da lugar a una justa expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer.” (CIDH, García, 2007)

b) Acto público de reconocimiento de responsabilidad

“La Corte estima pertinente que el Estado realice un acto público de reconocimiento de su responsabilidad por la ejecución extrajudicial de las víctimas y las otras violaciones cometidas en el presente caso. Este acto deberá realizarse en presencia de los familiares de las mencionadas personas, si es su voluntad, y también deberán participar altas autoridades del Estado. Este acto deberá celebrarse dentro de un plazo de seis meses contados a partir de la notificación de la presente Sentencia.” (CIDH, García, 2007)

c) Publicación de la sentencia

“Como lo ha dispuesto en otros casos, como medida de satisfacción:

“... el Estado deberá publicar en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los párrafos 8 a 130 de la presente Sentencia y la parte resolutive de la misma. Para estas publicaciones se fija el plazo de seis meses, a partir de la notificación de la presente Sentencia.” (CIDH, García, 2007)

d) Adecuación de la legislación a los parámetros convencionales

“Se solicitó que ordene al Estado que adopte las medidas necesarias en el ordenamiento interno para adecuar la legislación sobre estados de excepción, a fin de adecuarla a la Convención Americana, a las interpretaciones jurisprudenciales de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana, y otros parámetros internacionales aplicables; que es necesaria la modificación del Código Penal de la Policía Nacional a fin de esclarecer los lineamientos sobre la aplicación del fuero especial y del fuero ordinario; y reglamentar de manera adecuada el uso de armas de fuego por parte de la fuerza pública”. (CIDH, García, 2007)

Por su parte, la Comisión considera adecuado que la Corte ordene al Estado que lleve a cabo las reformas legales necesarias para dar paso a la unidad jurisdiccional, y de esta forma, toda violación a los derechos humanos sea juzgada en el fuero ordinario y los tribunales militares sólo tengan competencia para conocer de delitos estrictamente militares y que afecten a la institución; específicamente solicitan que se proceda a reformar la Ley de Seguridad Nacional para que no se otorgue jurisdicción inmediata a los tribunales militares sobre hechos que ocurran durante los estados de emergencia y para que bajo ninguna circunstancia dichos tribunales tengan competencia para juzgar a persona civil. (CIDH, García, 2007) (el subrayado es mío)

Finalmente, La CIDH (García, 2007) recuerda que:

“El Estado debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las ocurridas y, por eso, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro, en cumplimiento de sus deberes de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana.

En especial el Estado debe adecuar su legislación interna en materia de estados de emergencia y suspensión de garantías a la Convención Americana, en particular las disposiciones de la Ley de Seguridad

Nacional. Específicamente, tiene que adecuar su legislación en el sentido de que la jurisdicción militar no pueda asumir competencias de la jurisdicción ordinaria, en los términos señalados en esta Sentencia.”

e) Educación en derechos humanos

“La Corte toma nota de la manifestación del Estado de “ejecutar un proceso de prevención, capacitación y difusión de una política pública educativa en derechos humanos para el sector público, procedimiento que se encuentra en proceso de implementación a través de un ‘Manual de Procedimiento para el Sector Público’; en aras de cumplir con los compromisos asumidos a nivel internacional, y aún más con el fin de constituir una iniciativa a nivel regional alrededor del respeto, protección y garantía de los derechos humanos”. (CIDH, García, 2007)

El Tribunal valoró dicha iniciativa y la determinó como otra forma de reparación. En ese sentido, las violaciones imputables al Estado en el presente caso fueron perpetradas tanto por miembros de las fuerzas de seguridad, como del poder judicial, en violación de normas imperativas de Derecho Internacional.

La Corte ha indicado que

“para garantizar adecuadamente el derecho a la vida y a la integridad personal, los miembros de los cuerpos de seguridad deben recibir entrenamiento y capacitación adecuados, haciendo un especial énfasis en el uso de la fuerza y los estados permanentes de educación en derechos humanos dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, en todos los niveles jerárquicos.” (CIDH, García, 2007)⁸

Asimismo, tal como ha sido ordenado en otros casos, la Corte (García, 2007) dispuso:

“Que el Estado adopte medidas tendientes a formar y capacitar a los fiscales y jueces, incluidos aquéllos del fuero penal militar, en cuanto a los estándares internacionales en materia de protección judicial de

derechos humanos. Para ello, el Estado deberá implementar, de igual manera, en un plazo razonable, programas permanentes de educación en derechos humanos dirigidos a aquellos funcionarios.”

Como se desprende de la Jurisprudencia es notorio que el Sistema Interamericano muestra avances importantes en materia de reparación integral a los largo del tiempo en las sentencias expedidas por sus órganos, lo cual revela que efectivamente es una entidad que ha enfrentado los desafíos de lo que la verdadera reparación en materia de derechos humanos implica; centrándose en identificar los factores determinantes para la víctima.

De manera que la reparación sea tanto material como inmaterial, tomando en cuenta a las personas que indirectamente fueron afectadas producto del menoscabo de derechos, incluyendo en sus fallos varias formas de reparación además de la conocida reparación económica; lo que ha permitido que el Sistema Interamericano enriquezca ampliamente los criterios de la reparación integral en su jurisprudencia.

De la sentencia anterior se puede en efecto vislumbrar una sentencia mucho más elaborada en materia de reparación integral que la sentencia dictada diez años atrás en el caso Rosero Suárez; debido a que se centra en pilares fundamentales de reparación tal como es la obligación del Estado en cuanto a investigar los hechos que en consecuencia generaron las violaciones dentro del caso concreto por tanto se abre camino a otra forma de reparación que es la búsqueda de la verdad mediante la indagación de los acontecimientos para posteriormente juzgar y administrar justicia.

Otro de las formas de reparación que se asemeja a sentencia Rosero Suarez es la tendiente a realizar un acto público en reconocimiento de la responsabilidad; a fin de dar a conocer a la sociedad de lo sucedido, y que sea la sociedad civil quien se encargue de vigilar el cumplimiento de las obligaciones que tienen tanto los particulares como la Administración pública; y que sin duda, es una forma de contribuir en que la sociedad tenga presente

casos emblemáticos que en respeto a los derechos humanos se deben evitar a toda costa.

De la misma manera en ambas sentencias la Corte Interamericana de Derechos Humanos solicita la publicación de la sentencia con miras a permitir que sean de acceso público y que a su vez también sirva tanto como doctrina así como de jurisprudencia para la legislación interna. De la misma forma, otra de las semejanzas que se pueden notar es el requerimiento al Estado ecuatoriano de que se prevenga en la ocurrencia de violaciones similares, y que para ello adopte medidas que garanticen la tutela efectiva de los derechos a fin de que se vele eficazmente y evitar casos similares en el futuro.

Ahora bien, sin embargo de las similitudes de las formas de reparación en los dos fallos, claramente en la segunda sentencia se aprecia una distinción enorme en cuanto a la injerencia que tiene la Corte Interamericana dentro de incluso el ordenamiento jurídico interno del país, como efecto derivado de ejercer la reparación en determinado caso; permitiéndose disponer a incluso intervenir de forma particular en cuanto a la necesidad de ordenar al Estado a que realice reformas legales nacionales, contendientes a adecuar su normativa interna con la observancia de estándares internacionales.

Además le exige que se haga una modificación en cuanto a que en lo posterior “toda violación de los derechos humanos sea juzgada en fuero ordinario” (CIDH, García, 2007); aboliendo la facultad de los tribunales militares de conocer de dichas causas y que por su parte se limiten única y exclusivamente a tener competencia para conocer de “delitos estrictamente militares y que afecten a la institución”. (CIDH, García, 2007)

Para ello solicita una inmediata reforma a la Ley de Seguridad Nacional para otorgarles jurisdicción inmediata a los tribunales militares sobre hechos que ocurren en estado de emergencia de forma que bajo ningún motivo se permitan conocer de causas y peor aún juzgar a una persona civil amparados en dicho estado de emergencia.

Así mismo ante este panorama en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se prevé que es obligación del Estado educar en Derechos Humanos al sector público; e incluso hace hincapié en que dentro de las alternativas tendientes a que dentro del mismo territorio se otorgue la debida reparación sea el Estado el encargo de capacitar a fiscales y jueces incluyendo a los de fuero militar de forma que se ilustren en cuanto a medidas de reparación existentes y sean gestadores de un real acceso a la justicia.

De esta manera la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha influido decisivamente en muchos países para que esos objetivos de justicia y verdad, de reparaciones y reconciliación nacional, no sólo lleguen a una persona o a un grupo de personas, sino a todo un país.

2.3 La Reparación Integral en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En lo largo del tiempo el tribunal europeo de derechos humanos; ha sido un ente que ha enfrentado grandes cambios a nivel estructural así como en el análisis para expedir jurisprudencia; justamente a efecto de afrontar los desafíos que implica la protección de los Derechos humanos en el siglo XXI; que a diferencia de 1950 fecha en la que entró en vigencia, hoy en día su importancia radica en emitir fallos respecto de los Estados Miembros en supuestas violaciones a los tratados europeos de derechos humanos y sus protocolos adicionales; pudiendo presentar las solicitudes tanto los individuos de la sociedad civil así como los Estados miembros.

También conocido como el Tribunal de Estrasburgo, es el órgano encargado de “establecer los derechos y libertades civiles y políticos que los Estados Europeos y asegurarlos para las personas que viven bajo su jurisdicción. Además, monitorea La Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”. (<http://www.echr.coe.int>)

Por otra parte, se debe recalcar que en sus inicios este Sistema Europeo funcionaba de la misma forma que el sistema interamericano de Derechos

Humanos en el cual una Comisión y un Tribunal trabajan conjuntamente; siendo la Comisión la encargada de:

“Revisar si los casos eran admisibles y entonces intentaba negociar un arreglo amigable entre las partes. Si esto no resultaba, el caso pasaba al Comité de Ministros quien fallaba sobre la violación alegada.

Si el Estado en cuestión aceptaba la competencia contenciosa del Tribunal, la Comisión también podría pedirle al Tribunal que emita una decisión vinculante, de otro modo el Comité de Ministros decidiría si una violación tuvo lugar y, si así fuera, otorgarle una reparación o compensación a la víctima. A personas individuales no se les permitía llevar sus casos directamente al Tribunal.” (echr, 2012)

Sin embargo las reformas venideras concluyeron en:

“... La abolición de la Comisión Europea de modo que todos los casos fueran ahora revisados por el Tribunal, mientras que el Comité de Ministros ya no podía fallar sobre supuestos casos de violaciones de DD.HH., aunque se mantenía responsable de supervisar su aplicación.” (TEDH, Protocolo N° 11, 1998)

Finalmente y tras varias modificaciones dentro del Sistema europeo se instauró la creación de un nuevo Protocolo en el 2004; cabe recalcar que:

“Este no hace cambios radicales pero, en vez, aumenta la flexibilidad del Tribunal para procesar las solicitudes. Los cambios principales incluyen criterios de admisibilidad aumentados, medidas para lidiar con casos repetitivos y un refuerzo a la capacidad del Tribunal para filtrar solicitudes sin el suficiente mérito.” (Crin, 2012)

Para efectos de esta tesis, es imprescindible indicar que:

“El Tribunal Europeo lidia con casos en que un individuo no ha recibido una reparación adecuada en los tribunales de su propio país luego de alguna violación, o bien porque no ha podido acceder al sistema judicial

nacional. El Comité de Ministros, que es el cuerpo que toma las decisiones en el Consejo de Europa y está compuesto por los Ministros del Exterior de los Estados Miembros, es el responsable de supervisar la aplicación de los fallos del Tribunal.” (Echr, 2012)

2.3.1 ANÁLISIS DE SENTENCIA:

A continuación, se analizará una sentencia reciente que tomó lugar en España, uno de los Estados adheridos al sistema Europeo; con el fin de realizar un razonamiento comparativo con el sistema interamericano de derechos humanos; y de esta forma emitir un criterio en cuanto a la importancia que cada sistema otorga a la reparación de derechos humanos en dentro de sus sentencias.

“El 15 de julio de 2005, la demandante se encontraba en la vía pública en la zona del Arenal, donde ejercía la prostitución, cuando dos agentes de la Policía Nacional le pidieron que se identificara y seguidamente que abandonara el lugar, lo que hizo en el acto.

Más tarde, en ese mismo día y de vuelta al mismo lugar, la demandante, según dice avistó a los mismos policías que se acercaban a ella, e intentó huir.

Los policías la habrían entonces alcanzado y golpeado en el muslo izquierdo y en las muñecas con una porra y le habrían pedido de nuevo su documentación. Siempre según ella, durante el altercado, al que asistieron varios testigos incluidos dos taxistas y los agentes de seguridad de una discoteca cercana, uno de los policías le profirió unos insultos tales como puta negra, vete de aquí. La soltaron después de haber mostrado sus papeles a los policías.

Ese mismo día, la demandante presentó una denuncia verbal ante el Juzgado de Instrucción y acudió a un centro hospitalario debido a las lesiones sufridas. Los médicos diagnosticaron una inflamación y un hematoma en la mano izquierda de grado leve.

Mediante resolución del 17 de octubre de 2005, el Juzgado de Instrucción nº 9 de Palma de Mallorca decretó el sobreseimiento provisional y decidió archivar

el caso, debido a que la existencia del delito no estaba suficientemente establecida.

La demandante fue de nuevo interpelada por los agentes de la fuerza pública el 23 de julio de 2005.

La demandante interpuso un recurso de reforma y subsidiario de apelación de la decisión ante el Juzgado. Ella se quejaba de la actitud discriminatoria de los policías y solicitó la puesta en marcha de varias medidas de práctica de la prueba, tales como la identificación de los agentes encausados y la recopilación de los testimonios de las personas que habrían presenciado los incidentes.

La demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Mediante decisión del 22 de diciembre de 2009, el Alto Tribunal desestimó el recurso debido a la falta de anclaje constitucional de las quejas planteadas.

Finalmente la demandante acudió al Sistema Europeo de Derechos Humanos.” (TEDH, Casadevall, 2012)

Por su lado, El sistema Europeo se pronunció respecto de la reparación de la siguiente manera:

a. Daños: “Otorgar lo que la demandante reclama “30.000 euros (EUR) como perjuicio moral que habría sufrido debido a la humillación soportada por los malos tratos denunciados. Además, solicitó que se obligue al Gobierno a establecer un protocolo que los Órganos Jurisdiccionales internos se verían constreñidos a seguir en caso de alegaciones de discriminación como las de este caso. Finalmente, de acuerdo con el principio de la restitutio in integrum, se solicitó la reapertura del procedimiento ante los Tribunales españoles.

“El Gobierno se opone esta petición y considera que la constatación de violación es suficiente. Tratándose de la elaboración de un protocolo, el Gobierno recuerda que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, los Estados miembros son libres de elegir los medios que les parezcan

más convenientes para reparar una constatación de violación.” (TEDH, Casadevall, 2012) (el subrayado es mío)

En lo que se refiere a las medidas específicas solicitadas por la demandante, el Tribunal recuerda que:

“Las sentencias tienen un carácter declarativo en lo esencial y que en general corresponde, en primer lugar, al Estado encausado, bajo el control del Comité de Ministros, elegir los medios que deben utilizarse, dentro de su ordenamiento jurídico interno, para con su obligación respecto del artículo 46 del Convenio.

Por lo que se refiere a la reclamación en concepto de perjuicio moral, el Tribunal consideró que:

“Resolviendo en equidad como lo requiere el artículo 41 del Convenio, el Tribunal decide otorgar el importe solicitado, es decir 30.000 EURy habida cuenta de los documentos en su poder y de su jurisprudencia, el Tribunal considera razonable la suma de 1.840,50 EUR incluyéndose todo tipo de gastos y se la otorga a la demandante.” (CEDH, Casadevall, 2012)

b. Intereses por mora: El Tribunal juzga conveniente

“imponer el mismo tipo de interés por mora que el tipo de interés de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo más tres puntos en porcentaje; y que a partir de la expiración de dicho plazo, y hasta el momento del pago, estos importes serán incrementados del interés simple de un tipo igual al de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo aplicable durante este período, más tres puntos de porcentaje; rechaza la demanda de satisfacción equitativa en lo demás.” (CEDH, Casadevall, 2012)

Al analizar la sentencia anterior, resulta decepcionante encontrarse con una forma de reparación tan paupérrima que ha desarrollado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dentro de éste caso, donde el criterio de reparación integral es escasa o prácticamente nula; ya que no prevé garantía alguna en

cuanto a medidas de no repetición, políticas públicas con miras a evitar y prevenir casos similares en el futuro, no se pronuncia en cuanto a ordenar al Estado a ofrecer capacitación a los miembros de la fuerza pública del trato igualitario a nacionales y extranjeros.

Entre otras varias formas de reparación que indudablemente debieron haber sido impuestas al Estado español dado que es un Estado que muestra problemas estructurales de discriminación presentes en el sistema judicial incluso, y que desemboca en una falta de investigación efectiva sobre las denuncias presentadas.

Llama la atención que a pesar de ser una sentencia actual; refiriéndome con ello a que hoy en día los avance en cuanto a protección a los derechos humanos es indiscutiblemente un tema en boga, dado a la existencia de una sociedad imperiosa por abolir toda forma de discriminación con criterios amplios en cuanto al trato igualitario por parte de los Estados tanto a nacionales como a extranjeros justamente como efecto de los movimientos migratorios que se desprenden de la globalización; el Sistema Europeo de Derechos Humanos no muestra una injerencia profunda en Estados perpetradores de derechos humanos en cuanto a exigir una la reparación integral.

Finalmente se concluye que evidentemente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se sobrepone en cuanto a la reparación integral indicando haber alcanzado altísimo análisis en cuanto a las víctimas así como de los efectos derivados ; siendo un organismo referente para los Estados miembros así como para el resto de sistemas existentes.

Y que contrariamente el Sistema Europeo carece aún de cimientos fuertes en materia de reparación integral que permita además de indemnizar económicamente a la víctima, que se prevean formas de reparación integral con efectos a la colectividad, requiriendo al Estado en tomar medidas inmediatas en cuanto al respeto de derechos humanos tanto a nacionales como extranjeros; y específicamente de tratarse del Estado español la

protección a extranjeros es donde se debería procurar poner mayor énfasis pues:

“ España es, además, el décimo país del planeta que más inmigrantes tiene en números absolutos, en los cinco años posteriores, la población extranjera se había multiplicado por cuatro, asentándose en el país casi tres millones de nuevos habitantes. Según el censo de 2009, el 12% de los residentes en España era de nacionalidad extranjera.” (Wikipedia, 2012)

2.4 Corte Africana de Derechos Humanos

En cuanto a la Corte Africana de Derechos Humanos cabe mencionar que en julio de 2004 la Asamblea de la Unión Africana “decidió fusionar en un sólo Tribunal tanto a la Corte Africana de Derechos Humanos de los Pueblos así como la Corte Africana de Justicia, decisión que al parecer fue tomada fundada en criterios económicos.” (african-court, 2012).

La mencionada fusión resultó confusa y dificultosa, y se tomó fundada en la eficiencia y el ahorro de costos que supondría, de allí se ha derivado la dificultad de poder habilitar su funcionamiento.

El sistema africano de Derechos Humanos “se encuadra en el marco de la Unión Africana, teniendo como piedra angular e instrumento base la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que reconoce determinados derechos sustantivos y establece un mecanismo regional de protección de los Derechos Humanos.” (Echr,2012)

La singularidad de este sistema es que la colectividad así como las organizaciones no gubernamentales, únicamente pueden dar a conocer casos en el sistema africano de Derechos Humanos con la condición de que el Estado afectado anticipadamente declare aceptar expresamente la otorgación de la competencia de la Corte Africana respecto de resolver en dicho caso materia de litigio, y de esta manera en el acceso directo de las víctimas de Derechos Humanos continúa siendo una entelequia.

Es decir, "...que los Estados realicen las pertinentes declaraciones de aceptación de competencia de la Corte ante peticiones individuales, supondría un paso de gigante en la protección y las garantías de los Derechos Humanos." (derechoshumanos,2013)

"La futura Corte de Justicia y de Derechos Humanos estará conformada por 16 jueces, ocho de los cuales deben ser expertos en Derechos Humanos. Al menos 15 Estados de la UA deben ratificar este protocolo de fusión para que la futura Corte entre en funcionamiento.

A día 6 de agosto de 2010, tan sólo 3 estados lo habían ratificado (Burkina Faso, Libia y Mali). En términos de la aplicación de los Derechos Humanos, la futura Corte de Justicia y de Derechos Humanos actuará de forma similar a la actual Corte de Derechos Humanos y de los Pueblos." (derechoshumanos, 2013)

En conclusión, el tribunal africano de los Derechos Humanos y de los pueblos aún presente gran atraso en materia de protección de Derechos Humanos lo que implica que a su vez, la reparación que se desprenda de una perpetración de derechos humanos podría ser prácticamente nula a menos que se realizara una reforma respecto de la competencia que tiene esta entidad. Pues de no existir un entidad que realmente interfiere como órgano autónomo independiente de la voluntad de los Estados los abusos no cesarán y se vislumbra un camino oscuro tanto en constatar la existencia de dichas violaciones al igual que la exigencia de ordenar reparaciones integrales.

Además también se ven afectadas las prácticas jurisprudenciales dado que indudablemente los jueces se basan en el razonamiento judicial realizado en casos anteriores para determinar los principios de ponderación, proporcionalidad, razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos que se tomaron en cuenta en casos similares, y al dejar en la impunidad muchos casos sin la la proyección horizontal de los derechos a través de la *Drittwirkung* el sistema africano de derechos humanos no únicamente que omite la protección de derechos sino que disfraza el número

de casos en los que ha existido abuso por parte de los Estados así como de los particulares.

En definitiva, los sistemas jurídicos de derechos humanos han desarrollado novedosas formas de reparación a lo largo de las décadas, adaptando su estructura tanto administrativa como procesal a las necesidades de las sociedades del siglo XXI.

A pesar de que aún se encuentra dificultad en la aplicación de los contenidos y principios universales en favor de los derechos humanos, es indiscutible que el progreso en materia de reparación integral ha tenido un despegue importante especialmente en países donde la enorme influencia por derivar postulados caducos ha marcado tendencias importantes por la expedición y entrada en vigor de sistemas garantista con altos principios axiológicos en favor de promover la reparación integral con miras a que cada vez las violaciones sean menores.

CAPITULO III

3. LA REPARACIÓN INTEGRAL EN EL CONTEXTO JURÍDICO ECUATORIANO

3.1 La reparación: El fin de las acciones constitucionales

Las consecuencias que devinieron de las guerras mundiales, contribuyeron a la evolución del contenido de las Constituciones, las cuales empezaron a reconocer derechos sociales y políticos; se expandieron a nivel mundial tópicos como los derechos de los ciudadanos y movimientos sociales como respuesta a los regímenes excluyentes, contribuyendo de esta forma a que en los países de América del sur específicamente en el Ecuador, surgiera la necesidad de sentar bases jurídicas involucradas en el reconocimiento de derechos humanos dando origen a un régimen progresista de derechos que adopta una nueva orientación de protección de derechos fundamentales.

Esto coadyuvó a que con el paso del tiempo en el Ecuador nazca la consolidación de un Estado Constitucional de Derechos, el cual dentro de sus pilares aborda el acceso a la justicia constitucional y reconoce a los tratados internacionales sobre derechos humanos como jerárquicamente iguales a la Constitución.

De manera que, es tangible la voluntad del constituyente en no únicamente alcanzar el reconocimiento de derechos, sino el establecimiento de garantías jurisdiccionales para la efectiva aplicación de los derechos constitucionales; que, lejos de ser un documento progresista y teóricamente casi completo, sea un instrumento jurídico eficaz; de forma que transgredidos los derechos inmediatamente tome lugar la reparación como respuesta a una justicia constitucional.

Por consiguiente, mediante la acción de protección se instaura una figura legal con determinación a garantizar la protección de derechos de los individuos y colectivos.

Y, por tanto, permitir a las víctimas entablar procesos constitucionales con miras a obtener una reparación integral que vayan más allá de la tradicional compensación económica, dado a que desde ésta óptica, la reparación debe ser entendida en un sentido universal, mediante otras formas de reparación tales como: la restitución de derechos violentados, la rehabilitación de la víctima tanto en aspectos médicos como psico-sociales, el análisis de lo que se conoce como la pérdida de oportunidad, la edificación de memoria histórica en el país; de manera que permita a las generaciones actuales y futuras conocer sobre determinado caso y, con ello construir un futuro en el cual el pasado no se repita.

Es así, que la Corte Constitucional de Colombia (Ayala, 2002) también se ha pronunciado al respecto expresando que:

“...Se ha considerado como suficiente que se otorgue a las víctimas y perjudicados únicamente la indemnización de perjuicios, sin embargo, la verdad y la justicia son necesarios para que en una sociedad no se repitan las situaciones que generaron violaciones graves a los derechos humanos y, además porque el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos, exige que los recursos judiciales diseñados por los Estados estén orientados hacia una reparación integral a las víctimas, que comprenda una indemnización económica y, el acceso a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y para buscar, por vías institucionales, la sanción justa de los responsables.”

“El derecho comparado me sirve como un espejo: me permite observarme y comprenderme mejor” (Barak, 2006, pp.11). En otras palabras,

“la circulación de las jurisprudencias no compromete la identidad propia, sin embargo, la comunicación de experiencias está siempre filtrada porque presupone standards mínimos de homogeneidad o juicios de congruencia sobre los textos y los contextos

jurisprudenciales. Estos juicios son de las Cortes nacionales”
(Zagrebelky, 2007, pp.95)

Por tanto, “las Cortes tienen por así decirlo raíces que se asientan en condiciones político-constitucionales nacionales, pero tienen la cabeza dirigida a principios de alcance universal”;(Zagrebelky, 2007,pp. 95) que, más que concentrarse en la sanción al culpable, algo que evidentemente no se exceptúa, se busca hacer énfasis en situar tanto a la víctima como a los afectados en condiciones de relativa simetría para así poder alcanzar la justicia constitucional, la reparación integral y el goce efectivo de los derechos.

Dicho esto, se debe iniciar por señalar que: “La reparación etimológicamente proviene del latín reparare, cuyo significado es renovar, reconstruir...”.
(Jaramillo, 2011, pp.149)

De allí que “la reparación integral del daño en el Ecuador, se desarrolla, como consecuencia del derecho internacional en lo referente a derechos humanos, pues

“se establece que las víctimas de violaciones de derechos humanos, tienen derecho a disponer de un recurso efectivo y a obtener una reparación que abarque los daños y perjuicios sufridos, cuyo objetivo, entre otros, sea obtener una cura simbólica del daño ...no solo para las víctimas, sino también para sus comunidades y el entorno social más amplio para que la víctima recupere la situación en la que se encontraba antes”. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009,pp. 277)

En sustento a lo transcrito, se puede decir que la introducción de la figura de la reparación integral, pretende romper con el paradigma tradicional, de que, la indemnización pecuniaria a la víctima, resarce definitivamente los daños producidos por violación a sus derechos; dado que al ser integral se encamina a la consecución de medidas a favor de las víctimas o afectados por la violación de derechos humanos, comprendiendo un proceso orientado a la

dignificación moral de las víctimas y al restablecimiento de su situación social, familiar y ciudadana.

Sobre esta aproximación, se puede afirmar que la reparación integral sitúa al afectado en una posición de amparo de manera indiscutible, y así también que los efectos de la reparación deben ser extensivos a toda la comunidad mediante la creación de políticas públicas contendientes a prevenir, evitar y controlar toda posibilidad de que dicho acontecimiento vuelva a suceder, ejecutando garantías de no repetición, en el que Estado realmente se comprometa a tutelar los derechos constitucionales mediante la toma de las medidas pertinentes.

Sobre esto, el profesor Luigi Ferrajoli (2011, pp.57) expone sobre la existencia de:

“Un compromiso en el respeto de los derechos fundamentales y constitucionales, que implica proteger, garantizar real y efectivamente estos derechos de acuerdo con su sentido, espíritu, naturaleza y alcance, por lo que no pueden establecerse limitantes a la reparación, más aún cuando dichos limitantes pueden violentar otros tipos de derechos fundamentales o constitucionales y por tal no resulta concebible que las instituciones que brindan dicha atención se rehúsen a adaptar sus políticas de manera urgente.”

Es así, que la obligación por parte del Estado no se restringe a únicamente a reconocer la afectación de un derecho por parte de una autoridad pública o de un particular; sino que, deberá remediar el daño consecuencia de la violación de forma inmediata; debiendo reparar incluso daños que no forman parte de la pretensión del accionante; así como responder por las afectaciones causadas a personas indirectas, promover reformas legales tendientes a evitar la repetición, realizar la capacitación ulterior al personal causante de la violación, investigar las circunstancias y los implicados en búsqueda de la verdad, entre

otras, que sin duda se derivan como consecuencia de la vulneración de derechos constitucionales.

En conclusión, “una de las consecuencias de la declaratoria de violación de derechos, dentro de un proceso de garantías jurisdiccionales, es la determinación de la responsabilidad del Estado o del particular accionado; y, por supuesto la reparación integral.” (Jaramillo, 2011, pp. 150)

3.2. Formas de Reparación de acuerdo a la constitución y a la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional

Un Estado constitucional de derechos y justicia social tiene la obligación de ser “garante de la protección de los derechos humanos y tiene la responsabilidad y la obligación de responder a las víctimas de violaciones causadas por la acción u omisión de los órganos de gobierno, o bien, de las y los funcionarios públicos, mediante la reparación integral del daño y la garantía de la no repetición de los hechos.” (Pelayo, 2012,12)

Por su parte, el Ecuador mediante la Constitución de la República (art.6 numeral) referente a las garantías jurisdiccionales estatuye que:

“Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información.

La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar

las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.”

De allí que la Corte Constitucional siendo el órgano autónomo, con determinación a garantizar la vigencia y supremacía de la Constitución, así como el ejercicio de los derechos constitucionales y garantías jurisdiccionales, a través de la interpretación de la normativa, y la administración de justicia constitucional se ha pronunciado en cuanto a la reparación integral declarando que:

“La reparación integral debe ser eficaz, eficiente y rápida; también debe ser proporcional y suficiente. Por este motivo, resulta coherente que el Estado no sólo se vea obligado a garantizar el cumplimiento de los derechos constitucionales, sino que proponga los medios necesarios para que sus dictámenes y reparaciones sean realmente cumplidos.

No basta con que los derechos fundamentales se establezcan en las normas constitucionales, ya que de nada serviría la preeminencia de ellas si no son justiciables; al contrario, las garantías constitucionales deben ser entendidas como un derecho vinculado a la tutela efectiva y la reparación de un condicionamiento obligatorio del Estado en búsqueda de su cumplimiento para que sean derechos plenamente justiciables y no meramente programáticos.” (Corte Constitucional, Pazmiño, 2009).

Como se desprende, la Corte Constitucional asegura que por medio de las garantías constitucionales, el Estado se ve obligado a garantizar el acceso permanente, oportuno y sin exclusión de ninguna clase; debiendo reparar integralmente cuando de derechos constitucionales se trate, y hace énfasis especialmente a las garantías constitucionales como instrumento reparador, de manera que se acceda a la tutela efectiva y el goce de derechos constitucionales.

Sin embargo, como se demostrará posteriormente este enunciado parece ser lejano a la realidad a los fallos dictados hasta el momento en materia constitucional; lo cual es lamentable ya que cuando se accionan las garantías constitucionales, en general las víctimas ya han hecho un largo camino en que el nivel del impacto ha calado profundamente a la víctima y sus familiares; e incluso en ciertos casos los efectos derivados de dicha violación se vuelven crónicos o irreparables.

Es por ello, que ésta tesina considera acertado que

“la realización o ejecución de la justicia es parte integrante de la reparación y debe ser entendida como el medio más eficaz del Estado para lograr su cometido en la búsqueda de la verdadera protección y garantía de los derechos constitucionales”. (Früling,2004, pp.34)

En el Ecuador, la reparación integral, como se ha señalado, es una consecuencia de la declaratoria jurisdiccional de violación a los derechos constitucionales y tiene como fin ordenar la reparación integral por el daño material e inmaterial.

“La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación.

Además podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud...” (LOGJCC, 2009, Art. 18)

Lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos llama “restitutio integrum, que es un modo de reparar pero no el único practicable porque en numerosos casos deviene ella misma, impracticable por ser imposible, insuficiente o inadecuada” (CIDH, Héctor Fix-Zamudio, 1991)

Como resultado, el juez constitucional debería pronunciarse sobre la reparación integral tanto de forma material como inmaterial; así como propender al restablecimiento del statu quo, de modo que:

“La reparación material se vincula con la compensación por la pérdida o disminución de los ingresos de las personas afectadas, los gastos realizados merced a los hechos y consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso; en tanto que, la reparación inmaterial, se refiere a la compensación económica o la entrega de bienes, servicios apreciables en dinero, consecuencia de los sufrimientos o aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados; el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones de carácter no pecuniario en las condiciones de existencia del afectado o de su familia”. (Jaramillo, 2011,152)

3.2.1 Daño Material: Reparación Económica

Con el fin de ampliar lo referente al daño material, que básicamente es la forma de reparación más común usada en el Ecuador, la misma que:

“...Comprende la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso...” (LOGJCC,2009,Art. 18)

En referencia al tratadista Escobar Gil (2009,pp.516) quien válidamente expone que:

“la indemnización deberá calcularse sobre la base de las circunstancias específicas que rodean a cada caso, debiendo los daños compensatorios o lucro cesante calcularse basándose en 1) el tiempo en que la víctima no pudo generar ingresos como resultado de la violación y, 2) los ingresos reales de la víctima, o en ausencia de tal información, el sueldo mínimo mensual, o el costo de la canasta familiar básica en el país de cuestión, el que sea mayor entre los dos...La tasa de compensación adecuada no constituye un simple múltiplo mensual bruto al momento de la violación, sino más bien los demandantes deberán determinar el monto invertido a tasas de interés normales, que generaría el monto de ingreso mensual que la víctima habría dejado de recibir de no haber sido por la violación, es decir, durante el período de discapacidad temporal o, en el caso de muerte o discapacidad permanente, debiendo los pagos compensatorios mantener su valor real con el transcurso del tiempo”.

Sobre esto, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009, art.19) menciona que:

“Cuando parte de la reparación por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto, se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuera contra un particular; y en juicio administrativo si fuera contra el Estado. De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes.”

Siendo este artículo a toda luces un atentado a la reparación integral, dado que excluye todo principio de inmediación, eficacia, oralidad, informalidad, economía procesal, entre otros, es decir, es evidentemente inconstitucional dado que no es posible que el monto de la reparación implique un nuevo proceso judicial vía verbal sumario, lo que sin duda retrasa la tutela judicial de

los derechos y entorpece la administración de justicia como se analizará a continuación.

3.2.2 Análisis: Inconstitucionalidad del Artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

A lo largo de las páginas anteriores se ha venido tratando sobre la importancia de que la reparación sea oportuna e inmediata una vez declarada la existencia de una violación constitucional; no obstante, la presencia del presente artículo en análisis, rompe todo principio tanto de derecho internacional pro ser humano, así como constitucional al declararse expresamente que: “cuando parte de la reparación por cualquier motivo, implique pago en dinero...la determinación del monto, se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez...”(LOGJCC,2009,art.19)

Es decir, omite toda lógica jurídica y se convierte en un atentado a los derechos de la víctima en obtener de manera expedita la determinada reparación pecuniaria; dado a que, pese a la existencia de un fallo dictado por juez competente mediante el debido proceso, incomprensiblemente se le solicita a la víctima que inicie un nuevo proceso lo cual carece de todo sentido, siendo una norma inconstitucional alejada de todos los principios garantistas que promueve la actual Carta Magna.

Además, es contraria incluso a los estándares internacionales en materia de reparación; y, atentatoria no solamente al debido proceso que incluyen principios de informalidad, inmediatez, celeridad pero también alarga el sufrimiento de la víctima, obstaculiza los medios para lograr la reparación requerida por la víctima y dificulta el funcionamiento del sistema judicial.

Erróneamente éste artículo además de abrir un nuevo procedimiento innecesariamente, solicita que deberá conocer el mismo juez si la acción fuera contra un particular, es decir, aun cuando el juez constitucional estaría en toda la facultad de determinar el monto puesto que, ya conoció y siguió de cerca el

proceso del cual se desprendió la existencia de violación a los derechos constitucionales, debe abstenerse de hacerlo, hasta la presentación de un nuevo proceso vía juicio verbal sumario; para entonces sí poder pronunciarse conforme lo que se demostró y se consideró desde antes.

Y eso no es todo, dicho artículo continúa perjudicando a la víctima cuando declara que el monto se tramitará en juicio administrativo si fuera contra el Estado, lo que a toda vista es un retroceso para los derechos de la víctima, pues entablar un procedimiento administrativo donde nuevamente otro juez deberá ponerse al tanto del caso, implica que en términos de tiempo la víctima no podrá obtener la llamada justicia constitucional; sino hasta luego de varios años de haberse perpetrado determinada violación; siendo insólito que con un marco constitucional tan garantista de derechos como es el vigente sea prácticamente inalcanzable acceder a la reparación pecuniaria cuando el agresor de derechos sea el Estado.

Finalmente, luego del engorroso procedimiento al que la víctima debe someterse para lograr determinar el monto de la reparación pecuniaria, no se le asegura que sus derechos aunque tarde le serán conculcados, pues el presente artículo deja abierto que se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes.

En otras palabras, acceder a la reparación pecuniaria parece ser aún un lejano y teórico derecho, al que los ciudadanos en su mayoría no accederán sea por los costos que implicaría, por el tiempo que tomaría seguir todos estos procedimientos judiciales o simplemente porque al ser víctimas de violaciones constitucionales lo más probable es que deseen retomar sus vidas a un estado lo más parecido al que llevaban antes de dicho acontecimiento y así, evitar convertirse nuevamente en víctimas pero esta vez de un sistema judicial ineficaz.

Dicho esto, a continuación señalaré alguna de las disposiciones internacionales, constitucionales y doctrinarias contra las cuales el artículo en examen es claramente atentatorio.

Constitución de la República del Ecuador (2008, art.86)

“a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias.

c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.

e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho. (el subrayado es mío)

3. (...) La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatare la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. (el subrayado es mío)

Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.”(el subrayado es mío)

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso masacre de Pueblo Bello, determinó que: “La obligación de reparar, la cual se regula en todos sus aspectos por el derecho internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado, alegando razones de derecho interno...” (CIDH, García, 2006)

La doctrina en el caso de Colombia expresa que, las normas del Código Contencioso Administrativo no aplican en sentencias de derechos humanos “...no resulta posible establecer a priori a cuál entidad corresponde cumplir con

las sentencias violatorias a derechos constitucionales, ya que la responsabilidad que se genera es del Estado y no de una entidad específica.”(Acosta J. y Bravo D.,2008, pp.336)

Lo primordial del presente análisis es más allá de mostrar la inconstitucionalidad de esta una norma, visibilizar que aún queda un importante camino por recorrer para que en el Ecuador exista una puesta en práctica de lo que implica la reparación integral, por lo que, al menos se debería remendar este tipo de normas inconstitucionales; a fin de que existan los mecanismos legales extensivos y no restrictivos, progresivos y no regresivos en materia de derechos constitucionales, de manera que, por lo menos sea alcanzable la reparación para las víctimas de violaciones y así evitar que quede siendo una utopía.

3.2.3 Daño Inmaterial

a) Daño Moral

En lo referente a los daños morales que son los efectos psicológicos y emocionales tanto de la víctima como de la familia de la misma, el Estado ecuatoriano en raras o nulas ocasiones se ha pronunciado; sin embargo son formas de reparación que no se deberían obviar; pues es imprescindible que como consecuencia de una violación de derechos el juez constitucional valore el

“Impacto en la dignidad, tanto en el modo en que se cometieron las violaciones, como buena parte del trato que luego han sufrido las víctimas en especial la situación de impunidad.

Esto tiene consecuencias para la comprensión de la experiencia de las víctimas, para la valoración del daño que generalmente se identifica como daño inmaterial, y para la determinación precisa y, si se quiere, ad hoc de las medidas de reparación que deben brindárseles.” (Corte Constitucional Colombiana, Ayala, 2002)

b) Rehabilitación

Lo anterior conduce a que la víctima debería acceder a otra forma de reparación que es la rehabilitación, como forma de satisfacción física y mental pues experimenta “sentimientos de pérdida y duelo congelados en el pasado; la persona queda psicológicamente anclada a esa historia que se reactualiza en su vida cotidiana...” (Beristain, 2009, pp.24)

En este caso, la rehabilitación supone de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH que:

“El Estado tiene a su cargo brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por los familiares de las víctimas, incluyendo los medicamentos que estos requieran. Asimismo, deben tenerse en consideración las circunstancias particulares de cada familiar, de manera que se brinden tratamientos colectivos, familiares e individuales, según lo que se acuerde con cada uno de ellos y después de una evaluación.” (CIDH, Cañado, 2000)

c) Garantías de no repetición

Ahora bien, otro de los mecanismos de reparación es el establecimiento de garantías de no repetición, que comprenden la actuación por parte de la administración pública en asegurar a sus ciudadanos que dicha violación no volverá a ocurrir.

Sobre esto, el Estado ecuatoriano ha sido condenado en múltiples ocasiones por la CIDH, órgano que le ha solicitado mediante jurisprudencias mejorar la cultura jurídica del país mediante la capacitación de jueces, la promoción de los derechos, la expedición de normas, la supresión de prácticas, la obligación de garantizar las condiciones de seguridad para el retorno de las personas desplazadas, el establecimiento de programas de educación en derechos humanos para funcionarios de la fuerza pública, la realización reformas legales e incluso le ha obligado a tomar medidas cautelares para evitar violaciones a

los derechos humanos; peticiones que sin lugar a duda demuestran que en el Ecuador las garantías de no repetición aún son escasas.

d) Medidas de satisfacción

Al igual que las anteriores, buscan reparar el daño inmaterial, que no tienen alcance pecuniario, y deben tener alcance y repercusión pública. Para establecer medidas de satisfacción, se deberá tomar en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, por lo cual pueden variar de un caso a otro.

Generalmente las jurisprudencias de la CIDH se establecen considerando los hechos probados, y las posiciones de la Comisión, los representantes de los familiares de las víctimas y del Estado involucrado, debiendo como medidas de satisfacción pedir disculpas públicas, el reconocimiento de la responsabilidad por parte del Estado y la publicación de las partes pertinentes de la sentencia en diarios oficiales.

En este sentido, se ha ordenado a los Estados que reconozca públicamente, con presencia de altas autoridades, su responsabilidad internacional por los hechos del caso y emita una disculpa a los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Esta disculpa pública es de gran valoración para la satisfacción moral de las víctimas o sus derechohabientes

El Ecuador, en su derecho interno no registra aplicación en cuanto a este tipo de medidas de reparación; sin embargo, Con relación a la CIDH:

“El Ecuador fue declarado responsable por la violación de los derechos de libertad y propiedad del ciudadano de nacionalidad francesa Daniel Tibi, reparado integralmente por medio de las disculpas públicas del Estado ecuatoriano, la difusión internacional en Francia del agravio cometido, la garantía de no repetición a través de los programas de

formación del personal judicial y policial del país, la devolución de sus bienes incautados y la indemnización material y moral por los daños causados de forma personal y en su ámbito familiar.” (CIDH, García,2004)

e) Investigar los hechos del caso, identificar y sancionar a los responsables

Otra de las medidas de reparación inmaterial es el deber del Estado en comprometerse a la búsqueda de la verdad, mediante la instauración de la investigación profunda; que aclare los acontecimientos y precise a los responsables con el fin de sancionar y comprender todo el detrimento causado.

Para la Corte IDH, especialmente en los casos de desaparición forzada de personas, ha solicitado a los Estados miembros que:

“realicen la búsqueda de los restos mortales y la entrega de estos a sus familiares, constituyendo de esta forma un acto de reparación y justicia en sí mismo, porque conduce a dignificar a las víctimas y les permite a sus familiares darles una adecuada sepultura de acuerdo con sus creencias y costumbres.” (CIDH, García, 2004)

Lamentablemente, en múltiples ocasiones el Estado ecuatoriano ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, obligándole a reabrir procedimientos que el Estado por negligencia del aparataje judicial dejó en el olvido promoviendo la impunidad.

En conclusión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la reparación integral en todas sus jurisprudencias, obligando a los Estados miembros a tomar medidas destinadas a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas y la indemnización. Sin embargo en el Ecuador las medidas de reparación giran alrededor de la indemnización pecuniaria que sin bien repara los daños materiales y restituye el patrimonio familiar; no es suficiente para decirse que exista una reparación integral a la víctima.

Lo mencionado toma sustento con el informe entregado por la Comisión de la verdad cuya conclusión es que “la administración de justicia es deficiente y en la mayoría de los casos, los hechos de violencia quedan en la total impunidad debido a que la gente tiene desconfianza de las autoridades.” (Comisión de la verdad, 2008, p.246)

3.3. Los Jueces de Primera Instancia en su rol de Jueces Constitucionales en cuanto a la reparación integral.

3.3.1. Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano

“Siendo el constitucionalismo teoría y práctica, éstas consecuencias son también sus propias condiciones. El constitucionalismo requiere, en primer lugar, la existencia de unos instrumentos jurídicos que garanticen la aplicación de la Constitución; y éstos no son otros que los propios del control judicial, bien mediante la aplicación de las normas constitucionales por los tribunales ordinarios o bien, también, mediante la creación de unos tribunales específicos: los tribunales constitucionales.

No puede haber, sencillamente, Constitución duradera sin derecho constitucional desarrollado. Ésa es una de las características más profundas del Estado constitucional y, por ello, una de sus más rigurosas exigencias.” (Aragón, 2007, pp.36)

De allí que, un Estado Constitucional exige, para su mantenimiento, profesionales técnicamente preparados en la elaboración y aplicación de una cultura jurídica constitucional para cumplir con las exigencias jurídicas que el constitucionalismo impone; en el sentido de que los “derechos fundamentales establecidos por las constituciones estatales y por las cartas internacionales deben ser garantizados y concretamente satisfechos...” (Ferrajoli, 2006, p.72)

De este modo, en el Ecuador con miras a asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionales, se faculta a los jueces de primera instancia a actuar como jueces constitucionales de acuerdo a la estructura de la Administración de Justicia Constitucional; organizada de la siguiente manera:

“a) Juzgados de primer nivel a cuyos jueces les corresponde en primera instancia conocer y resolver de las acciones de protección, habeas corpus, habeas data, acceso a la información pública, petición de medidas cautelares; y, el ejercicio de control concreto de constitucionalidad

b) Cortes Provinciales de Justicia: Les compete conocer y resolver los recursos de apelación que se interpongan en contra de los autos y las sentencias de las juezas y jueces de instancia respecto de las acciones de protección, hábeas corpus, hábeas data y acción de acceso a la información....” (LOGJCC,2011, art. 167 y 168)

De esta forma, los jueces de primera instancia adquieren jurisdicción constitucional obteniendo facultad para conocer y pronunciarse sobre asuntos en materia constitucional; enfrentando más allá de aplicar la ley, los desafíos de dejar atrás la aplicación rígida de la Constitución; y tomar los riesgos que implica la discrecionalidad del juez en materia de reparación; debiendo actuar imprescindiblemente bajo principios de aplicación más favorable a los derechos pro homine o conocida también como Cláusula Favorable en la Interpretación de los Derechos Humanos.

Por consiguiente, el juez tiene la obligación de acoger la interpretación que conceda mayores prerrogativas para la protección de derechos fundamentales, y que por tanto el fin del juez es precautelar o proteger los derechos reconocidos en la Constitución o instrumentos internacionales, pudiendo basar sus decisiones acudiendo al bloque de constitucionalidad.

De esta forma “la hermenéutica constitucional se convierte en una actividad trascendente en la labor jurisdiccional, pues trata de aspectos inherentes a los derechos constitucionales y al mantenimiento de la supremacía de la Constitución” (Jaramillo,2011, pp.67)

En consecuencia, le está prohibido al juez constitucional, aducir contradicciones, obscuridad o falta de norma jurídica para dejar de administrar justicia; dado que los derechos son justiciables tal como se ha venido sustentando a lo largo de este trabajo, y por tanto, las autoridades judiciales tienen la obligación de resolver los casos, materia de jurisdicción constitucional, incluso cuando se presenten vacíos legales para resolver las mismas. No obstante de lo señalado, la Constitución de la República, reconoce una serie de derechos y establece las garantías jurisdiccionales para su efectiva aplicación.

“Sin embargo en muchas ocasiones los jueces se encuentran con verdaderos conflictos que surgen por las restricciones o contradicciones que existen entre la Constitución y la ley, puesto que, en el caso de la acción de protección como se verá más adelante, constitucionalmente es amplia, sin embargo, la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional la restringe, constituyendo un subterfugio, a través de los cuales los jueces, se pronuncian, señalando que hay otras vías judiciales para solventar la respectiva impugnación, con lo cual se deja de administrar justicia en materia constitucional.” (Jaramillo, 2011, pp.45)

Contradictoriamente a lo dicho en el párrafo anterior, la Constitución establece una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que tiene como rasgos básicos los siguientes:

- a) la existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley;
- b) el carácter normativo y la fuerza vinculante de toda la Constitución;

c) el control judicial de la constitucionalidad, a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permiten vigilar la conformidad de las normas infra constitucionales respecto de la Constitución;

d) la directa aplicación de la Constitución para resolver todos los conflictos jurídicos que se presentan en la sociedad; y, e) la facultad de interpretar todo el ordenamiento, a la luz de la Constitución, a través de un órgano especializado del poder público denominado Tribunal o Corte Constitucional.” (Sentencia Interpretativa, No. 001-08-SI.CC, 2008)

Es decir, el Ecuador como bien lo menciona (Guastini,1998, pp.2) busca la Constitucionalización del ordenamiento jurídico que “se caracteriza precisamente por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”.

Parafraseando las palabras de Guastini se entiende que un sistema será constitucionalizado en la manera en que sus leyes ordinarias gradualmente se ajusten a la normativa constitucional; a mayor apego más constitucionalizado será dicho sistema; y, por ende el Ecuador al Constitucionalizar el ordenamiento jurídico debe procurar la observancia de la Constitución por sobre cualquier ley jerárquicamente inferior que limite o menoscabe derechos que claramente en la Constitución se garantizan.

Ahora bien, para hablar de un sistema constitucionalizado Guastini (1998, pp.12) considera que deben existir ciertos condicionamientos como los siguientes:

“Una constitución Rígida, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la fuerza vinculante de la constitución, la sobre interpretación de la Constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme a las leyes, la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.”

De dicha afirmación, se puede corroborar que efectivamente la Corte Constitucional mediante sentencia No. 001-08-SI.CC, del 2 de Diciembre 2008) se pronunció y se refirió a la Constitucionalización de la siguiente manera:

“Esta transformación progresiva de la Constitución hasta llegar a ser una norma, implica por lo menos, en su fórmula pura, que todos los ciudadanos y operadores jurídicos habrán de tomar el texto íntegro de la Constitución como una premisa de decisión, igual que cualquier otra norma.

Y que por lo tanto:

a) Habrá de interpretarse todo el ordenamiento jurídico, conforme al texto constitucional;

b) Habrán de examinarse, a la luz del texto constitucional, todas las normas del ordenamiento jurídico, para comprobar si son o no conformes con el texto constitucional y con el llamado doctrinariamente bloque de constitucionalidad;

c) En la aplicación concreta del Derecho por los diversos operadores jurídicos, deberán aplicar, en primer lugar, la Constitución y las normas que tengan su misma jerarquía, a fin de extraer de ella la solución a cualquier litigio o problema jurídico; y solo si ésta no dice nada, se aplicarán las normas secundarias; y,

d) La condición normativa de la Constitución tiene un efecto derogatorio general y automático para las normas preconstitucionales y general, previa petición de parte, para las normas infra constitucionales posteriores a la Constitución.

La consecuencia práctica de la adopción de este modelo constitucional, es que todos los funcionarios públicos, incluidos los jueces y los propios particulares, deberán respetar la Constitución y desarrollar sus funciones de conformidad

con lo que dice el texto de la Carta Fundamental y las sentencias del órgano encargado de ejercer la justicia constitucional.”

Es así que, se puede concluir claramente que los jueces constitucionales deberán acoger los mandatos constitucionales tal como es la Acción de Protección reconocida en la Constitución vigente del Ecuador, y administrar justicia basando sus criterios en la normativa jerárquica máxima sin desnaturalizar ésta garantía al emplearla como instrumento residual a la hora de reparar derechos constitucionales vulnerados; ya que ciertamente se estaría privando de la reparación basándose en criterios equivocados y restrictivos como es la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional.

3.3.2 Análisis del caso Satya:

Lo anterior mencionado es palpable, mediante la inadmisión de una acción de protección presentada al juez cuarto de garantías penales de la provincia de Pichincha quien rechazó la acción de protección presentada por Nicola Rotheron y Helen Bicknell, quienes son lesbianas y mediante un procedimiento de inseminación artificial concibieron a Satya, siendo a ésta menor a la cual el Registro Civil se negó a inscribir con el apellido de ambas, pese a que Rotheron y Bicknell legalizaron su unión de hecho en Ecuador tal como lo permite la Carta Magna en su artículo 69 donde claramente se expresa que:

“La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.
(Constitución de la República del Ecuador, art.69) (El subrayado es mío)

En suma, constitucionalmente se garantiza a la unión de hecho; por tanto es inaceptable que cualquier otra normativa de rango jerárquicamente inferior a la Constitución se sobreponga como sucedió en este caso; y, aún más reprochable es lo manifestado por el juez que conoció la causa, sentando la base de su inadmisión en que:

“No existe violación de derechos constitucionales; y, la Resolución emitida por el Director de Asesoría Jurídica del Registro Civil, Identificación y Cedulación, claramente no ha causado estado, de ahí que al existir impugnación por doble vía, es evidente que se debió continuar con la impugnación en la vía judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo, con sede judicial y que impugnar un Acto Administrativo mediante Acción de Protección, sin intentar las otras dos vías de impugnación, constituiría un abuso de la Acción de Protección y se constituiría en una desmesurada forma de conseguir resoluciones afines a sus intereses; sin que esas resoluciones hayan seguido los procedimientos pertinentes.”(Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, Altamirano, 2012)

En otras palabras, obvió que el motivo de la demanda de la acción ordinaria de protección interpuesta es, sin duda, violatoria de los derechos universales que le asisten a la menor por su calidad de ser humano; conducentes a obtener:

“el derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales” (Constitución del Ecuador, 2008, Art 66)

Además, claramente existió una violación constitucional por parte del Registro Civil; dado que no puede obviar mandatos constitucionales, por el contrario, está obligado a respetarlo.

Es un absurdo que pese a que la constitución expresamente “reconoce la familia en sus diversos tipos.” (Constitución del Ecuador, art.67) se le haya privado a la menor Satya de ser inscrita en el registro civil y que posteriormente un juez constitucional mediante un fallo no tome en cuenta que “los principios constitucionales son mandatos de optimización, ello significa que, las autoridades judiciales deben ponderar los derechos constitucionales, dado que ciertos prevalecerán sobre los demás...” (Guastini, 2008, p. 25) en este caso específico, garantizar el interés superior de la niña.

De esta forma, es de vital importancia mencionar que dicha inadmisión por parte del juez fue atentatoria a los derechos de la menor; tanto en su derecho de poseer un estado civil pues este implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y la sociedad, así como sus derechos al vínculo de filiación, que acarrea entre otros el derecho a la sucesión; es decir, no sólo que violó la constitución, pero también los instrumentos internacionales como es la *Convención sobre los Derechos del Niño*(art.7 y 8), el mismo que indica:

“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Por su parte, el artículo 8 manifiesta que “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.”

Finalmente, se concluye el análisis de este fallo insistiendo que, en el país lamentablemente aún existen leyes obsoletas que necesitan reformas urgentes por ser inconstitucionales y desapegadas a la realidad de la sociedad; siendo preciso mencionar que la existencia de leyes claramente no pueden sobreponerse a la constitución por el principio fundamental que declara:

“Los derechos consagrados en la Constitución serán de inmediato cumplimiento y aplicación. Y que no podrá alegarse falta de

ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos o garantías establecidos en la Constitución para negar el reconocimiento de tales derechos.” lo cual se repite y tiene concordancia con el art.11, numeral 3 de la misma Constitución.

Por su parte, un funcionario público no puede inadmitir el trámite necesario para precautelar los derechos de los ciudadanos y peor aún en la manera que este juez de primera instancia lo hizo; menoscabando nuevamente los derechos de los actores, sustentando su objeción de dar proceso a la acción de protección en leyes que evidentemente carecen de relevancia, mostrando de esta forma falta de conocimiento en la aplicación de la norma constitucional que claramente establece que “ninguna persona puede ser discriminada o menoscaba en sus derechos, entre otras cosas, por su orientación sexual.” (Constitución de la República,art.11 numeral 2).

3.3.3. Análisis del Caso la Hora: ¿Estado garante o titular de Derechos Constitucionales?

El análisis del presente caso permitirá vislumbrar la arbitrariedad con la que la acción de protección es procesada por los jueces constitucionales de primera instancia, quienes en ciertos casos como el anterior expuesto, deciden inadmitir el proceso frente a una evidente violación constitucional y en otros casos como éste se admite; y de esta forma, se deja abierta la incógnita de si su actuación responde a falta de conocimiento por parte de los jueces constitucionales sobre la aplicación de la norma; o si es por el contrario es una evidencia de la inexistencia de independencia judicial en el Ecuador .

A continuación se expone el caso:

“Con fecha 8 de noviembre de 2012, Marco Albán Nuñez, en su calidad de juez 21° de lo Civil de Pichincha, admite la acción de protección presentada por el subsecretario nacional de la Administración Pública, Óscar Pico Solórzano a nombre de la Función Ejecutiva. Dicha acción fue presentada en contra de Diario La Hora, por la supuesta trasgresión a los derechos constitucionales del

gobierno nacional, dado el rechazo por parte del medio de comunicación en rectificar información relativa al gasto oficial en publicidad conseguida de la ONG Participación Ciudadana.

Posteriormente, el 12 de noviembre del mismo año, en sentencia el mencionado Juez expresó que se han violado en perjuicio del Gobierno Nacional y la Función Ejecutiva, sus derechos constitucionales a la información veraz y el derecho a la rectificación, previstos en los Art. 18 numeral 1 y 66 numeral 7 de la Constitución, respectivamente, a consecuencia de las publicaciones de Diario La Hora.

Por ello, ordenó al medio que “el día miércoles 14 de noviembre del año 2012, expresen disculpas públicas al Estado ecuatoriano por haber publicado información que, al ser contrastada ha resultado inexacta”. (Juzgado 21 de los Civil de Pichincha, Albán, 2012)

Además, el Juez señaló que “...se deberá otorgar disculpas públicas que se deberán publicar en la primera página del Diario La Hora así como las garantías de que estos hechos no se volverán a repetir”.(Juzgado 21 de los Civil de Pichincha, Albán, 2012)

Conjuntamente, dispuso dar cabal cumplimiento con el artículo quinto del artículo 86 que declara: “todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional para el desarrollo de su jurisprudencia.” (Juzgado 21 de los Civil de Pichincha, Albán, 2012)

Finalmente presentada apelación por parte del diario la Hora sobre dicho fallo, la primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de pichincha, se pronunció en sentencia dictada el 12 de enero de 2013 desestimó la apelación, lo que significa que ratificó la sentencia dictada por el juez anterior.

Por su parte, el Juez argumentó que :

“ni la Constitución, ni la Ley que rige la materia, excluye la posibilidad de interponer esta acción por parte del Estado, estructurado en sus

diferentes Órganos, entre ellos, la Función Ejecutiva, quien como titular de derechos, puede acudir ante la autoridad competente y poner en conocimiento de la misma, la existencia de una violación de sus derechos, si así lo considera.” (Juzgado 21 de los Civil de Pichincha, Albán, 2012).

En contraposición de lo erróneamente expuesto por el Juez que conoció del caso; la Carta Magna de forma clara y expresa menciona quienes son titulares de derechos; declarando textualmente que:

“Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.” (Constitución de la República del Ecuador, art. 10) y en consecuencia cuando el mismo texto se refiere a las garantías jurisdiccionales nuevamente expone que: “Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución...” (Constitución de la República del Ecuador, Art. 86 numeral 1)

Por tanto, es indiscutible que, de ninguna manera el Estado está legitimado para presentar dicha acción e infaliblemente este fallo atentan al armazón que sustente el Estado de derecho, así como sus mecanismos jurídicos; ya que fueron creados para garantizar las prerrogativas de los ciudadanos y no del propio Estado, pues éste último tiene la característica fundamental, de hallarse en entera sumisión a normas jurídicas que encuentran su razón de ser en amparar a la sociedad civil; dado que su propósito es que “...a través de la organización del Estado se responda fielmente a la voluntad general de la sociedad”(Borja, 2002, pp.554).

Adicionalmente y como sustento a lo anterior, vale remontarse al inicio de la creación del Estado; pensadores como Thomas Hobbes, John Locke Juan Jacobo Rousseau se pronunciaron sobre el contrato social, el leviathán, entre otros con el propósito de acentuar la necesidad de “concebir al Estado como el

fruto de la convergencia de las voluntades individuales, siendo el Estado un ente creado por y para los ciudadanos.” (Borja, 2002, pp.556)

Por ende, los derechos consagrados en la Constitución así como las garantías jurisdiccionales y demás normas legales son instrumentos instaurados con el fin de amparar de manera exclusiva a individuos y colectivos; y, por su naturaleza no pueden incluir en su espectro de protección al Estado o a ninguna de sus funciones o instituciones, como equivocadamente se argumentó en este caso.

Además, la forma en la que fue aplicada la norma jurídica haciendo de la función legislativa un ente titular de derechos, visibiliza un sistema judicial débil, destinada a sofocar los derechos de las personas privadas sean naturales o jurídicos, si producto de un fallo el gobierno se viese afectado en su interés general.

En otras palabras, cuando el sistema judicial aplica las normas sin observar el deber ser y la naturaleza por la cual las normas jurídicas fueron creadas, priorizando los intereses del soberano por sobre los intereses de los ciudadanos, en ese momento se podría cuestionar sobre la independencia judicial frente a los otros poderes del Estado, ya que como válidamente Rodrigo Borja señaló “es vital que quienes ejercen la judicatura gocen de absoluta independencia y estén protegidos ante todo tipo de injerencias políticas o presiones económicas.” (Borja, 2002, pp. 552).

De manera que, el Estado a través de sus órganos gubernativos deberían:

“... actuar con la total racionalización de su hacer político con arreglo a un esquema lógico- jurídico que regula imperativa y minuciosamente la actividad del Estado, las competencias de sus órganos...de modo que la autoridad debe manejar sus actos estatales con arreglo a la teoría de la autolimitación; teniendo por fin el bienestar de sus conciudadanos”. (Borja, 2002, pp. 552).

Finalmente, se concluye este análisis con la premisa de que el Estado debe centrar su rol en ser garante de los derechos constitucionales, ya que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, art.11 numeral 9); siendo inaceptable que utilice los mecanismos legales creados para protección de individuos y colectivos convirtiéndose el Estado en titular de derechos, olvidado que únicamente “Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; y estas autoridades garantizarán su cumplimiento.” (Constitución de la República del Ecuador, art.11, numeral 1).

CONCLUSIONES

Como se ha demostrado a lo largo de este trabajo, la acción de protección se concibió como garantía constitucional restauradora de derechos conculcados con la mirada y la perspectiva puesta en las víctimas que hayan sido objeto de vulneración de derechos constitucionales, y de esta manera subsumir la afectación de forma integral en todos los ámbitos en los que hubo repercusión, así como los perjuicios derivados y por tanto, la reparación de derechos constitucionales se entiende que debería ser inmediata y oportuna pero que lamentablemente se ha desnaturalizado, empleándola como un instrumento residual.

Sin embargo de la existencia de un marco constitucional garantista que prevé garantías jurisdiccionales para la tutela de derechos constitucionales de sus ciudadanos así como su debida reparación integral; la hermenéutica y aplicación con la que los jueces constitucionales aplican dicho recurso se muestra contradictoria; demostrándose mediante jurisprudencia que la capacitación de los jueces en materia constitucional es carente; y, que como consecuencia la reparación integral y demás formas de administrar justicia ha sido insuficiente o nula.

La carta magna acoge en materia de reparación principios internacionales amplios, que fueron aterrizados de manera aislada en relación con la demás normativa jerárquicamente inferior. Es decir, las normas supeditadas a la Constitución vigente, se hallan en clara distorsión, y por tanto los fallos constitucionales son nulos en lo referente a reparación integral o escasamente remediados mediante la tradicional reparación económica, concluyendo que se obvia la integralidad con la que se deberían aplicar las varias formas de reparación existentes.

El artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se halla claramente en contradicción con los principios constitucionales de informalidad, celeridad, inmediatez, entre otros principios

de derecho internacional dado que, claramente entorpece la reparación integral, ya que, aun cuando el juez constitucional que conoció el proceso y determinó la existencia de violación a los derechos constitucionales, estaría en condiciones de determinar el monto de la reparación económica, debe abstenerse de hacerlo; ya que de acuerdo a dicho artículo no está facultado para determinar el monto, hasta la presentación de un nuevo proceso vía juicio verbal sumario; debiendo esperar de esta formalidad para finalmente poder pronunciarse.

No obstante cuando la Constitución desarrolla un marco progresista, garante y vigoroso de derechos, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional por su parte limita la interposición del recurso, lo cual entorpece el acceso a la justicia ya que al establecerse condiciones y términos ambiguos como requisitos para presentar el recurso, inmediatamente se restringe el número de casos que los jueces constitucionales aceptan dar trámite; lo que ha generado que las víctimas de violaciones de derechos constitucionales por no cumplir con los requisitos legales impuestos, deban atravesar un tortuoso y largo camino para conseguir la reparación integral de sus derechos, lo cual indirectamente genera que ciertas víctimas opten por dejar en la impunidad los hechos.

Dado que la competencia para conocer de acciones constitucionales se halla dividida entre la justicia constitucional y la Corte constitucional; la acción de protección se debe tramitar inicialmente ante un juez de primera instancia, posteriormente en apelación ante la Corte Provincial de Justicia y ulteriormente dichos procesos hallarse expuestos a ser objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, siendo todos éstos órganos diversos; por lo que, es inevitable que los procesos tiendan a retardarse lo cual dilata el tiempo en el que la víctima logra obtener la reparación integral y por ende pierde su carácter de ser inmediata y oportuna.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos muestra avances agigantados en materia de reparación integral al analizar los fallos expedidos a lo largo del tiempo; y aun cuando existe mucho por avanzar, indiscutiblemente muestra que es un órgano que se ha fortalecido y a su vez ha vigorizado la supremacía de los derechos humanos por encima de la voluntad de los estados; y es así, que la Asamblea General de la OEA, el 22 de marzo del año en curso, ha desechado la propuesta reciente del Ecuador en anular las medidas cautelares, resultando ser un fracasado intento de desacreditar al sistema interamericano de protección de derechos humanos; obviando que únicamente puede ser reformado en sentido progresivo y de ninguna manera retroceder en una figura legal que sin duda ha salvado y prevenido de daños irreparables.

Además la propuesta transgredió al propio Estado al omitir que como Estado Constitucional de derechos el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos por lo que la decisión de la OEA de rechazar reformas regresivas fue acertada; sin embargo, este primer intento fallido por parte del Estado ecuatoriano, es la primera muestra de que se advierten días difíciles en cuanto a la protección de derechos, lo que en el peor escenario pudiera significar la separación de la Convención Americana tal como ya anteriormente lo hizo Venezuela, lo que sin duda despojaría a catorce millones de ecuatorianos de un sistema supranacional protector quedando en total desamparo ante un Estado que en múltiples ocasiones ha demostrado ser ineficiente en cuanto a reparación integral.

A diferencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es importante mencionar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo que hace es declarar que se ha violado el Convenio; y, en ciertas ocasiones no muy frecuentes procede a establecer una reparación; sin embargo países como España han alegado no poseer una causa formal en su legislación nacional para proceder a reparar en la forma establecida para cumplir con el fallo del TEDH; por lo que se concluye que existen galimatías jurídicas en cuanto a la ejecución y cumplimiento de los dispuesto por Tribunal de Estrasburgo; y, que ésta falta ha dado origen a que en la mayoría de los países europeos la

ejecución de los fallos sea presa del retraso o de su total inobservancia, lo que a toda luces demuestra que el sistema europeo aún muestra inconvenientes en sobreponerse a la voluntad de los Estados, resultando de esto falta de eficiencia y firmeza de las sentencias provenientes de dicho Tribunal.

Existe una profunda inquietud por el futuro de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; ya que pese a que su protocolo nació en 1998 su entrada en vigor a penas se llevó a cabo en el 2004 y no fue hasta el año 2006 que finalmente se realizó la elección de sus jueces; sin embargo posteriormente la Asamblea de Jefes de Estado y gobierno decidieron que se debería fusionar la mencionada corte con la Corte Africana de Derechos Humanos, lo que sin duda ha provocado un deterioro del sistema africano y a la vez trae consigo dudas sobre el nivel de éxito que tendrá este órgano judicial como para afrontar los desafíos a los que estará expuesta por parte de los estados africanos, ya que desde su creación han sido los propios estados africanos los que han demostrado no estar dispuestos a cooperar con la operatividad de dicho órgano que aún se halla siendo integrado; no obstante al futuro se vislumbra a dicho ente como garante de derechos y que a largo plazo podría ser un organismo internacional sólido en cuanto al establecimiento de reparación integral dentro de sus fallos.

Es inaceptable que el Estado ecuatoriano se proclame titular de derechos al usar las garantías jurisdiccionales que por su naturaleza son instrumentos enfocados a salvaguardar a los individuos y colectivos; cuando más bien las autoridades tienen por deber garantizar el cumplimiento con el ciudadano; y, no inversamente que se ejerzan estos mecanismos por el propio Estado mediante sus funcionarios en contra de los privados, lo que ciertamente es contrario a la razón de ser del Estado y atenta contra toda lógica jurídica.

RECOMENDACIONES

Promover talleres de consulta abierta a la ciudadanía para de esta manera promulgar las normas constitucionales, específicamente la acción de protección como una garantía informal reparadora de derechos vulnerados; y que de esta manera los legitimados conozcan de la aplicación correcta de este instrumento legal; y que, como consecuencia puedan solicitar la efectiva tutela de sus derechos, ya que poniendo a disposición el conocimiento sobre ésta garantía jurisdiccional, los ciudadanos podrán exigir que la administración de justicia sea lo más eficiente y oportunamente posible en defensa de lo previsto la Constitución de la república, permitiendo que se recobre la naturaleza de ésta figura legal.

Se sugiere que se capacite de forma permanente a los jueces constitucionales sobre la aplicación de la constitución como norma primordial, por sobre cualquier otra ley o reglamento, de manera que se evite que los jueces dejen de administrar justicia sustentando sus fundamentos en limitaciones determinadas por normas jerárquicamente inferior a la constitución o requisitos de forma que retardan o eliminan la tutela de derechos; contribuyendo a que no solo se debilite la credibilidad del sistema judicial, sino que deriva en que la obtención de una reparación para la víctima sea nula, lo que termina por producir impunidad o en ciertos casos que el afectado busque hacer justicia por mano propia, lo que evidentemente atenta a la convivencia en armonía que procura el Estado ecuatoriano.

Dada la cantidad de leyes expedidas a lo largo de la vida del Estado ecuatoriano, se puede observar la discordancia entre leyes de igual jerarquía y a su vez de contradicción en relación con la Constitución, lo que evidentemente ha provocado que dependiendo del juez el criterio jurídico sobre determinado caso sea aplicado de forma diferente lo que ha detonado en disparidades judiciales en torno a un mismo tema. Por ello, se sugiere la revisión de constitucionalidad de las normas, la concordancia horizontal que debe existir

entre ellas y finalmente la eficacia jurídica de su aplicación en el marco de la práctica.

También es urgente que se exija a los jueces constitucionales que tomen en cuenta jurisprudencia internacional en materia de reparación integral para subsumir casos anteriores a fallos actuales; creando manuales en materia de reparación basado en estándares internacionales y constitucionales de forma que manera que las víctimas puedan acceder a la justicia dentro del territorio y evitar así que, cada vez más casos se sumen a las cortes internacionales ya que el sistema judicial ecuatoriano se muestra ineficiente en cuanto a reparar derechos humanos.

Revisar la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dado que evidentemente limita, confunde y contradice los principios constitucionales y los estándares internacionales declarados en cuanto a reparación integral, específicamente en cuanto a indemnización económica.

Considero pertinente y válida lo mencionado por el tratadista Luis Cueva Carrión quién sugiere que "... para que la administración de la justicia constitucional sea funcional, eficiente y técnica, se debe unificar la jurisdicción constitucional y crear la jurisdicción especializada constitucional en todos sus niveles...", es decir, se sugiere instaurar una jurisdicción especializada en procesar garantías jurisdiccionales y revisión de éstas sentencias de forma que los procesos sean ágiles, y a su vez que la víctima logra obtener la reparación integral de forma inmediata y oportuna.

Tras el intento fallido del Ecuador de introducir cambios institucionales en la Comisión Interamericana de Derechos, el Ecuador amenazó con retirarse del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y posteriormente el presidente advirtió que no acatará las medidas cautelares que emita la Comisión Interamericana, lo que evidencia la falta de compromiso del Gobierno Ecuatoriano en cuanto a la protección de derechos humanos. Frente a esto, se

considera necesario que antes de despojar a toda una nación de un sistema internacional que ampliamente ha demostrado ser eficiente, se debería exigir el pronunciamiento a través de una consulta popular sobre una decisión tan trascendental como es la de separarse de la Convención Americana; recalcando que no es voluntad unilateral de un mandatario abolir lo que a su criterio no es útil para el manejo de su gobierno y atentar así con la protección de los derechos humanos dejando en absoluta indefensión a los ciudadanos.

Además se recomienda que las autoridades actúen de manera concordante con la teoría garantista y el modelo constitucional evolucionado en materia de derechos humanos que se halla vigente, de forma que la imagen del Ecuador no continúe deteriorándose frente a los organismos internacionales y demás países, que con declaraciones como las aludidas por el presidente terminan por repercutir directa e indirectamente en las relaciones bilaterales del país.

Se debería analizar la posibilidad de instaurar en la legislación ecuatoriana el principio *in dubio pro damnato*, lo que permitiría que en caso de duda se actúe en favor del perjudicado; lo cual en materia de reparación integral del daño significaría que el juez constitucional deba optar por la opción más favorable al resarcimiento; es decir, que cuando surjan cuestionamientos en cuanto al alcance de un precepto legal sobre la cuantía de la reparación o la forma de resarcimiento, inmediatamente se actúe en favor de la víctima lo cual evidentemente encarnaría mejoras en la aproximación de la víctima al acceso a la justicia.

Se recomienda que las universidades promuevan que los alumnos de las facultades de derecho realicen extensiva investigación en cuanto a la reparación integral en jurisprudencia internacional, con el fin de que mediante un estudio riguroso se pueda tomar del derecho comparado mecanismos acertados aplicables en la legislación nacional y a la vez que los estudiantes mediante el uso de su creatividad sugieran mecanismos idóneos de reparación de forma que los centros de estudios se conviertan en fuentes de aporte a los administradores de justicia y no únicamente críticos de los mismos, lo cual sin

duda convertiría a las universidades en fuertes entes de participación en la mejora de la justicia.

REFERENCIAS

- Abramovich, V. (2006) Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo, Revista de la CEPAL No 88
- Acosta, J., Bravo, D. (2008) El Cumplimiento de los Fines de Reparación Integral de las Medidas Ordenadas para la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Énfasis en la experiencia Colombiana. Bogotá Colombia: Pontificia Universidad Javeriana
- African, C., (2012), Recuperado el 29 de Diciembre 2012 <http://www.african-court.org/>
- Alexei, J. (2002) La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, una presentación del caso colombiano" Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, Colombia: ISBN: 9700735257
- Alexy, R, (2007) Ponderación, control de constitucionalidad y representación: Teoría del Discurso y los derechos fundamentales. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia
- Aragón M. (1955) Constitución y Control de Poder. Argentina, Buenos Aires: UNAM MÉXICO 2002
- Ávila, R., Aguilar, J., Benalcazar, P., Borja, A., Cordero, D., Dávalos, J., Escudero, J., Guaranda, W., Guerrero, E., Melo, M., Silva, C. (2009), Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano. Quito, Ecuador: INREDH.
- Ávila, R. (2008), Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Primera Edición. Quito, Ecuador: Ramiro Ávila Santamaría
- Asamblea Nacional del Ecuador (2008), Acta Constituyente, 07-08-2008, Quito, Ecuador: Asamblea Nacional
- Barak, A., (2006) Comparative Law, originalism and the role of judge in a democracy: PS. Court

- Badeni, G. (2006) Tratado de Derecho Constitucional Tomo I-Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina: S.A.E
- Beristain, C. (2009) Diálogos sobre la reparación: Que reparar en los casos de violaciones de derechos humanos. Quito,Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
- Borges, L. (1980) La ceguera. En: Siete noches, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Nuevo País.
- Borja R. (2003) Enciclopedia de la Política, Tercera Edición, Distrito Federal, México: Fondo de la Cultura Económica
- Cabanellas, G. (1982) Diccionario Enciclopédico de Derecho usual, décima quinta edición. Buenos Aires, Argentina, Heliasta
- Cançado, A, Ventura M.(2010) El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: CORTE I.D.H.*
- Capitant, H. (2004) Les Grandsarrets de la jurisprudencecivile Tome 1, Bogotá, Colombia: Asociación Henri Capitant*
- Carbonell, M., Salazar, P. (2011) La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma, Df, México: Universidad Nacional Autónoma de México*
- Castro, J. (2002) Recurso de Amparo y Habeas Corpus, Quinta Edición. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto
- Cevallos, A. (2009) La Acción de Protección Ordinaria, formalidad y Admisibilidad en el Ecuador”. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar
- CIDH,Antônio A. Cançado Trindade, Sentencia 21 de Julio 1989, párrafo 25
- CIDH,Antônio A. Cançado Trindade, Sentencia 12 de Noviembre 1997
- CIDH, Sergio García Ramirez, Sentencia 4 de Julio 2007

CIDH, Fix-Zambudio, Sentencia 6 de abril, 1991

Comisión de la Verdad (2008), Informe sobre Relatos de casos período 1988-2008, Quito, Ecuador: Comisión de la Verdad

Constitución de la República del Ecuador (2010). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones

Convención Americana de los Derechos y Deberes, San José, 1969.

Convención sobre Derechos del Niño, 1990

Corte Constitucional de Colombia, 7 de Junio 1997, Sentencia Sentencia C-386/00

Corte Constitucional de Colombia, 3 de Marzo 2009, Sala Civil, Sentencia T781

Corte Constitucional de Colombia, 9 de mayo 2010, Sala Civil, sentencia T-438

Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1989.

Corte de Justicia de Colombia, Ayala, P., 3 de abril de 2002, Sentencia C288 de

Corte Constitucional Ecuador, 2009, Sentencia N° 0012-09-SIS-cc

Cueva, L. (2011) Acción Constitucional Ordinaria de Protección, Segunda Edición. Quito, Ecuador: Ediciones Cueva Carrión

Crin, 2012 Recuperado el 22 de diciembre 2012 (<http://www.crin.org>)

Derechos, H. (2013) Recuperado el 12 de Enero 2013, www.derechoshumanos.net

Diccionario de la Lengua Española, 2006, Tomo IV, pp. 420, DF, México: Real Academia de la Lengua

Echr, 2012 Recuperado el 26 de diciembre 2012 (<http://www.echr.coe.int>)

- Escobar R. (2009) Relatos sobre los Derechos de las personas privadas de libertad. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid
- Faúndez, H. (1999) El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales, Cuarta Edición. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos
- Ferrajoli, L., (2006) El Constitucionalismo como nuevo paradigma del Derecho Positivo. Df, México: UNAM
- Ferrajoli, L., (2010) Derechos y Garantías: La ley del más débil. Madrid, España: TROTТА
- Fruhling, M. (2003) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos. Reproducción escrita Tercera Edición Humanos. Bogotá, Colombia: UnitedNations
- Gangotena, A. (2010) De la Constitución a la no Constitución. Quito, Ecuador: Librería Cevallos
- Guastini, R. (2007) Estudios sobre la Interpretación Jurídica décima Segunda Ed. Df, México: UNAM
- Guastini, R (1998) Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones
- Jaramillo, C. (2011) Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones
- Juzgado 21 de lo Civil de Pichincha, Altamirano V., Sentencia 2012,0014-2005-RA
- Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, Altamirano, Sentencia 2012, 2976-2012-FA
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador

- Masapanta, C. (2010) El juez garantista: un nuevo rol de los actores judiciales dentro del constitucionalismo ecuatoriano. Debate Constitucional. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones
- Navarro, S. (2009) La justicia constitucional: Una promesa de la Democracia, Tomo II San José, Costa Rica: ILANUD
- Pérez, E. (2011) Manual de Derecho Administrativo, Quito, Ecuador: Cevallos
- Oyarte, R. (2005) Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, Quito, Ecuador: Edit. Andrade & Andrade
- Pelayo, C. (2012) La Obligación de Respetar y Garantizar los Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Df. México: UNAM
- Pisarello, G., (2007), Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una Reconstrucción. Madrid, España: Editorial Trotta
- Prieto, L. (2007) El constitucionalismo de los derechos, Teoría del neoconstitucionalismo. Madrid, España: Editorial Trotta
- Prieto, L. (2008) El juicio de ponderación constitucional. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
- Prieto, M (2009) Las transformaciones del Estado contemporáneo. 2ª edición. Madrid, España: Alianza
- Rey Cantor, E., y Rey Anaya, Á. (2005) Medidas cautelares y medidas provisionales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá, Colombia: Editorial Temis
- Ruiz, R. (2009) Teorías que explican la Subordinación Bogotá, Colombia: UNAB
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Casadevall, Sentencia febrero 23 2009

www.lexis.com//http://Sentencia Interpretativa, No. 001-08-SI.CC, 2008

Wikipedia,(2013),Recuperado el 16 de febrero 2013,
http://es.wikipedia.org/wiki/Inmigraci%C3%B3n_en_Espa%C3%B1a

Zagrebelsky, G. (1997) El Derecho Dúctil, Madrid, España: Editorial Trotta.

Zavala, J. (2010) Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. Guayaquil, Ecuador: Edilex