UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

**“LA REPARACIÓN ECONÓMICA DENTRO DE LA ACCIÓN DE
PROTECCIÓN”**

Realizado por:

RICARDO JAVIER ENRÍQUEZ CARRERA

Director del proyecto:

AB. DIEGO PEREIRA

Como requisito para la obtención del título de:

ABOGADO

Quito, Junio de 2013

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, RICARDO JAVIER ENRÍQUEZ CARRERA, con cédula de ciudadanía No. 1720255601, declaro bajo juramento que el trabajo aquí desarrollado es de mi autoría, que no ha sido previamente presentado para ningún grado de calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración, cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

Ricardo Javier Enríquez Carrera

C.C. 1720255601

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación titulado:
**“LA REPARACIÓN ECONÓMICA DENTRO DE LA ACCIÓN DE
PROTECCIÓN”**

Realizado por:
RICARDO JAVIER ENRÍQUEZ CARRERA

Como requisito para la Obtención del Título de:
ABOGADO

Ha sido dirigido por el profesor:
DIEGO PEREIRA

Quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

Ab. Diego Pereira
DIRECTOR

LOS PROFESORES INFORMANTES

Los Profesores Informantes:

SILVIA SEVILLA

GABRIEL GALÁN

Después de revisar el trabajo presentado,
lo han calificado como apto para su defensa oral ante
el tribunal examinador.

Dra. Silvia Sevilla

Dr. Gabriel Galán

Quito, Junio de 2013

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo de investigación a mi madre, Mónica, quien ha sacrificado todo lo posible para formarme con valores y principios que se ven reflejados en la culminación de esta importante etapa. Gracias por todo tu amor y por estar siempre a mi lado levantándome después de los tropezones que nos puso la vida.

A mi padre, Diego, que con su ejemplo y esfuerzos me ha enseñado que no existen sueños imposibles.

A mi hermana, Nicole, que con su juventud y espontaneidad ha depositado siempre alegría en mi vida.

Y a mi abuelo, Nelson, que aunque ya no esté aquí para ver los frutos de su paciencia y cariño, seguro desde el cielo está orgulloso por esta meta alcanzada.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por sobre todas las cosas, sin su guía en todas las facetas de mi vida nada sería posible.

A mi familia, amigos, profesores y a todas las personas que directa o indirectamente contribuyeron con la elaboración de la presente investigación.

ÍNDICE

CAPÍTULO I	3
NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPARACIÓN ECONÓMICA EN LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN	3
1.1 DEFINICIÓN DE REPARACIÓN ECONÓMICA	3
1.2 HISTORIA DE LA REPARACIÓN O INDEMNIZACIÓN	6
1.3 PROCEDENCIA DE LA REPARACIÓN ECONÓMICA	12
1.3.1 Legitimación activa en la Acción de Protección	12
1.3.2 Legitimación Pasiva en la Acción de Protección	14
1.3.3 Procedencia de la acción de Protección.....	17
1.3.4 Procedencia de la reparación económica en una Acción de Protección.....	18
CAPÍTULO II	24
REALIDAD DE LA REPARACIÓN ECONÓMICA EN LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN	24
2.1 PROBLEMÁTICA ACTUAL	24
2.1.1 Cuando la violación de derechos fundamentales proviene de un particular.....	26
2.1.2 Cuando la violación de derechos fundamentales proviene del Estado.....	30
2.1.3 Inobservancia de Principios y Disposiciones Constitucionales.....	33
2.3.1.1 Inobservancia al Principio de Celeridad	33
2.3.1.2 Inobservancia al Principio de Concentración	34
2.3.1.3 Inobservancia al Artículo 86 de la Constitución.....	36
CAPÍTULO III	39
ESTUDIO COMPARADO CORRESPONDIENTE A REPARACIONES O INDEMNIZACIONES	39
3.1 COMPARACIÓN CON LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA, INDEMNIZACIÓN EN LA ACCIÓN DE TUTELA	39
3.1.1 Naturaleza jurídica de la Acción de Tutela Colombiana.....	40

3.1.2 Comparación. Legitimación Activa.....	41
3.1.3 Comparación. Legitimación Pasiva.....	42
3.1.4 Comparación. Reparación o Indemnización.....	45
3.2 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.....	49
3.2.1 Sentencia T-209/08. Revisión de acción de tutela.....	49
3.2.1.1 Identificación de la Providencia.....	50
3.2.1.2 Hechos Relevantes.....	50
3.2.1.3 Aspecto Jurídico Considerado.....	53
3.2.1.4 Partes.....	53
3.2.1.5 Problema Jurídico.....	53
3.2.1.6 Tesis.....	54
3.2.1.7 Resolución.....	55
CAPÍTULO IV.....	59
PROPUESTA DE PROCEDIMIENTO PARA DETERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE REPARACIÓN ECONÓMICA.....	59
4.1 IMPOSIBILIDAD DE INAPLICAR LA DISPOSICIÓN CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN “DE OFICIO” POR PARTE DE JUEZAS Y JUECES.....	59
4.2 POSIBLES SOLUCIONES CON RESPECTO DE LA INCOMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL DETERMINADA.....	61
4.2.1 Control Concreto de Constitucionalidad.....	62
4.2.2 Control Abstracto de Constitucionalidad.....	64
4.2.3 Efectos de las sentencias de control concreto y abstracto de constitucionalidad.....	66
4.3 PROPUESTA DE LEY REFORMATORIA.....	68
4.3.1 Propuesta de plazos y procedimiento para resolver monto de reparación económica mediante juicio verbal sumario frente a un particular.....	69
4.3.2 Propuesta de plazos y procedimiento para resolver monto de reparación económica a través de la jurisdicción contencioso administrativa frente al estado.....	72
CAPÍTULO V.....	77
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	77
5.1 CONCLUSIONES.....	77
5.2 RECOMENDACIONES.....	78
BIBLIOGRAFÍA.....	81

RESUMEN

La Constitución de la República del Ecuador delimitó garantías jurisdiccionales mediante las cuales las personas pueden acceder a la justicia para exigir el cumplimiento de sus derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Una de estas garantías jurisdiccionales es la acción de protección, cuyo fin es el de declarar violado uno o más de estos derechos para su consecuente reparación integral. Con la interposición de este tipo de acciones desde el 2008, fue necesario delimitar los procedimientos a seguirse a través de una ley, es así que en el 2009 nació la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, normativa que desarrolló los alcances y mecanismos para proceder con la reparación que implica el pago de cualquier cantidad de dinero. Sin embargo, este procedimiento no se encuentra exhaustivamente establecido, lo que ha generado se produzcan retardos en la administración de justicia por parte de sus operadores, además, guarda incompatibilidad con disposiciones establecidas en la Constitución. La modificación de este artículo que reglamenta la forma de proceder para reparar económicamente a una persona debe considerarse como prioridad, de tal forma que no se continúe desnaturalizando a la garantía jurisdiccional de acción de protección.

Palabras clave: Jurisdicción constitucional, acción de protección, reparación económica, reparación integral.

ABSTRACT

The Constitution of the Republic of Ecuador delimited judicial warranties in order to protect the rights of the people that allow them the access to justice for the enforcement of their fundamental rights recognized in the Constitution and in international human rights instruments. One of these jurisdictional warranties is the “acción de protección”, which purpose is to declare violated one or more of the fundamental rights of people, recognized in the Constitution, to their subsequent reparation. With the proposition of this actions since 2008, it was necessary to define the procedures to be developed by the law, so in 2009 was born the “Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional” that established the proceedings to follow related to the financial repair that involves the payment of any amount of money. However, this procedure is not fully established, so it has led to delays in the administration of justice by their operators; also it is incompatible with certain dispositions established in the Constitution. The modification

of this section which regulates how to proceed to repair financially a person should be considered a priority, in order to stop denaturing the essence of the “acción de protección”

Key words: Constitutional jurisdiction, “acción de protección”, financial repair, integral repair.

CAPÍTULO I

NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPARACIÓN ECONÓMICA EN LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

1.1 DEFINICIÓN DE REPARACIÓN ECONÓMICA:

Para cumplir el objeto motivo de la presente investigación resulta necesario profundizar en lo que respecta a la reparación económica que se aplica cuando ha existido una vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador o en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y se propone una acción de protección; consecuentemente, es importante partir con una definición de “reparación” que se adecúe a la legislación ecuatoriana.

Partiendo desde lo básico, la palabra *reparar* tiene varios significados, destacándose: “1. Arreglar algo que está roto o estropeado. 2. Enmendar, corregir o remediar. 3. Desagraviar, satisfacer al ofendido.”¹ Por lo tanto es de mucha trascendencia considerar que “la obligación de reparar supone

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Recuperado el 8 de abril de 2013 de <http://www.academia.org.mx/rae.php> a las 17:22.

la existencia de una lesión o un quebrantamiento a un derecho”², y por lo tanto, en la mayoría de los casos en los que exista la orden judicial de reparar económicamente a una o más personas encontraremos a un beneficiario que ha logrado demostrar que uno o más de sus derechos fundamentales ha sido violado, y encontraremos también a la persona en la que recae la carga de este tipo de reparación que no pudo demostrar su falta de participación en la acción que generó la vulneración de derechos fundamentales (en los casos en los que se invierte la carga de la prueba).

La responsabilidad aparece como elemento fundamental a analizarse dentro de la reparación, al respecto “*responsabilidad* es un término que, genéricamente, indica la obligación de aquel a quien, por cualquier título, incumben las consecuencias de un hecho dañoso o, en otros términos, dice relación con la posición del sujeto a cuyo cargo pone la ley las consecuencias de un hecho lesivo...”³

La reparación económica, conforme a Polo Cabezas, es también conocida con otros nombres como indemnización o sustitución, e implica una compensación monetaria que se origina de un daño o perjuicio causado a las personas.⁴ Aparece un nuevo elemento a partir de esta definición: la compensación monetaria, que se entiende como el pago de una determinada cantidad de dinero por parte de una persona a otra cuando se ha decidido a través de una resolución judicial que efectivamente ha existido un perjuicio originado en una vulneración de derechos fundamentales.

Otro nombre era utilizado y considerado para definir a la reparación económica: la compensación, y era desarrollado como:

² POLO CABEZAS, María Fernanda. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías Constitucionales en Ecuador*. Quito. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. 2011. Pág. 69

³ ZÚÑIGA URBINA, Francisco. *La acción de indemnización por error judicial. Reforma constitucional y regulación infraconstitucional*. Editorial KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG. Uruguay. Pág 189.

⁴ POLO CABEZAS, María Fernanda. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías Constitucionales en Ecuador*. Quito. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. 2011. Pág. 71

“La compensación es el modo más común de reparación bajo la ley internacional y nacional. Usualmente se refiere a pagos de carácter económico que deben ser realizados a la víctima o sus beneficiarios por pérdidas materiales ocurridas desde que se cometió la violación (daños pecuniarios o materiales) y para compensar pérdidas de carácter moral (daños no pecuniarios o inmateriales)”⁵

A partir de esta definición encontramos que la reparación económica, o compensación, es el modo más común para reparar un derecho violado cuando resulta imposible ordenar se regrese al estado anterior a la vulneración y resulta muy lógico entender el por qué, pues cuando el juez se enfrenta a estas circunstancias, el camino más sencillo, en teoría, resultaría el de tratar de poner un determinado valor económico a la afectación que sufrió la persona cuando su derecho fundamental fue inobservado

Indiscutiblemente existirán casos complejos donde esta valoración resultará más que compleja, pero en la generalidad de los casos la determinación del monto a pagarse a favor del perjudicado será una tarea fácil de cumplir.

De todo lo enunciado se puede decir que la reparación económica, de acuerdo a la legislación ecuatoriana, específicamente a lo que respecta en el contenido de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ecuatoriana, es un mecanismo, que debe ser declarado expresamente, mediante el cual se genera una obligación de carácter monetario a favor de una o varias personas cuyos derechos fundamentales, reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador o en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador, hayan sido declarados como violados a través de una sentencia dictada por el juez correspondiente que se encuentre ejecutoriada. Su fin será el de compensar las pérdidas

⁵ LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio. *La acción de grupo. Reparación por violación a derechos humanos*. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario. 2011. Pág 146

económicas que por consecuencia del menoscabo de los derechos enunciados de las personas se hayan producido.

1.2 HISTORIA DE LA REPARACIÓN O INDEMNIZACIÓN:

Indiscutiblemente las reparaciones o indemnizaciones siempre han estado ligadas a los instrumentos internacionales de derechos humanos, de tal forma que su desarrollo ha sido plasmado en este tipo de legislaciones.

“La reparación como concepto autónomo en el ámbito contemporáneo internacional adquiere sus raíces a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en su artículo 8 señala que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” aspecto recogido también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.”⁶

Se puede observar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos jugó un papel determinante al reconocer como un derecho de las personas la vigencia de un recurso que les permita exigir que jueces conozcan supuestas anomalías y posteriormente amparen sus derechos fundamentales cuando estos hayan sido violados. Posteriormente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos menciona específicamente a la reparación como un derecho exigible cuando una persona ha sido víctima de una detención ilegal.

Lo destacable de este reconocimiento es que ya en 1948, año en el que se adoptó y proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no se hizo diferenciación alguna con respecto de la persona de la cual provenía el hecho o acto que eventualmente produciría la violación a los derechos fundamentales de la persona afectada, puesto que en ninguna parte del texto

⁶ LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio. *La acción de grupo. Reparación por violación a derechos humanos*. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario. 2011. Pág 139

mencionado se hace notar que exista la necesidad que personas naturales, jurídicas, públicas o privadas sean las responsables del menoscabo de los derechos reconocidos, para que la acción sea procedente; elemento que debe ser considerado en cualquier tipo de legislación interna cuando se estructure el procedimiento y características de las acciones que tengan fines protectores de derechos fundamentales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos al parecer fue el detonante para que a través del derecho internacional se genere una tendencia protectora de derechos fundamentales, es así que:

“Con posterioridad se establecieron una serie de instrumentos internacionales de carácter específico, tendientes también a establecer una serie de garantías para que los Estados dentro de sus legislaciones internas establecieran mecanismos de reparación justa y adecuada. Es así como el principio de reparación se estableció en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, en la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes, en la Convención sobre los derechos del Niño, y más recientemente en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que prevé un alto estándar de reparación.”⁷

Resulta evidente, que una vez finalizada la segunda guerra mundial, la comunidad internacional observó la necesidad de crear estas garantías y figuras jurídicas que en primera instancia frenen los constantes atropellos a los derechos fundamentales de las personas, y principalmente, en segundo lugar, lleguen a consolidarse como un mecanismo efectivo mediante el cual las víctimas de violaciones a derechos puedan hacer que su voz se escuche y que los Estados estén en la obligación de dirimir controversias que se basen en inobservancia a los derechos establecidos en las Constituciones y en los Instrumentos Internacionales que sean ratificados por cada uno de los países.

⁷ LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio. *La acción de grupo. Reparación por violación a derechos humanos*. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario. 2011. Pág 140

Polo Cabezas, refiriéndose al pensamiento de López Cárdenas, confirma la importancia del derecho internacional de los derechos humanos en la consolidación de la figura de la reparación, al hacer capaz al ser humano de poder reivindicar sus derechos afectados frente a instancias judiciales de carácter nacional.⁸

Resultaría altamente difícil siquiera enumerar todos los instrumentos internacionales que recogen en alguno de sus pasajes a la reparación económica, sin embargo, algunas otras fuentes de la reparación en el ámbito internacional nacieron con posterioridad, entre las cuales vale la pena mencionar:

“En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la evolución en el estándar de reparación se ha evidenciado en los múltiples instrumentos con que cuenta este sistema, el cual se articula desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen de forma general el deber de los Estados de reparar las violaciones a los derechos humanos. De la misma forma, sus instrumentos especializados como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, y la Convención de Belem do Para, establecen la obligación de los Estados parte de reparar a las víctimas que hayan sufrido las consecuencias de la comisión de una violación en el marco de dichos instrumentos. En especial la Convención Belén do Para establece un estándar tanto de reparación como de compensación.”⁹

Así también resulta muy importante enunciar a la Convención Interamericana de Derechos del Hombre, que fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en su artículo 25 dice:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o Tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente

⁸ POLO CABEZAS, María Fernanda. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías Constitucionales en Ecuador*. Quito. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. 2011. Pág. 68

⁹ LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio. *La acción de grupo. Reparación por violación a derechos humanos*. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario. 2011. Pág 141

Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”¹⁰

Todos estos instrumentos influyeron en la redacción de constituciones y leyes que tendieron a proteger los derechos de las personas a través de acciones rápidas y sencillas, hasta llegar al ámbito nacional y actual, en el que nos encontramos atravesando un cambio profundo en lo relacionado a la figura jurídica de las garantías que constitucionalmente se ofrecen a todos los ciudadanos. En tal sentido, es necesario realizar una breve reseña histórica de la garantía jurisdiccional integrante de este estudio puesto que, para los presentes efectos investigativos, la reparación económica será enmarcada exclusivamente dentro de la acción de protección.

Es conocido que a partir de la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, nos convertimos en un Estado constitucional de derechos y justicia¹¹, lo que significó, entre otros avances importantes, que a las personas se nos ofrezcan una serie de herramientas jurídicas que nos permitan acudir a la jurisdicción constitucional con el fin de tutelar nuestros derechos de forma efectiva.

Una de estas nuevas herramientas jurídicas que brindan las garantías jurisdiccionales es la que surgió de la evolución y mejora de la anteriormente conocida acción de amparo; que a su vez nació:

“... en el denominado Tercer Bloque de Reformas a la Constitución promulgadas en el Registro Oficial No. 863, de 16 de enero de 1996; en esta parte de la reforma constó el art. 31 de la Codificación de la Constitución del Ecuador promulgada en el Registro Oficial No. 2 de 13 de febrero de 1.997, cuyo texto fue el siguiente:

Art. 31.- Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial que la Ley designe y requerirá la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar, o evitar la

¹⁰ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Principales Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos*. Pág 71.

¹¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicada en el Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, Artículo 1, inciso primero.

comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable...”¹².

Podemos observar que la reparación, dentro de la jurisdicción constitucional, nace con estas reformas a la Constitución ecuatoriana en el año de 1997 al ordenarse que cuando se observe un acto ilegítimo, deberá preceder la remediación inmediata de las consecuencias del daño causado; sin embargo, a lo largo de la presente investigación se podrá vislumbrar la dificultad que permanece todavía cuando tratamos de hacer efectivo ese “remedio” ordenado por una autoridad judicial.

Un año después, esto es en 1998, Cueva Carrión menciona que entra en vigencia la Constitución Política del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de Agosto, mediante la cual se denomina a la garantía motivo de este trabajo de investigación finalmente como “acción de amparo”¹³.

El texto del artículo 95 de la Constitución ecuatoriana, referente a la reparación en la acción de amparo, publicada en 1998 es el siguiente:

“Art. 95.- Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión legítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o convenio internacional vigente, y que, en modo inminente, amenace con causar daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren

¹² CUEVA CARRIÓN, Luis. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. Ediciones Cueva Carrión. Quito. 2010. Pág. 69.

¹³ CUEVA CARRIÓN, Luis. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. Ediciones Cueva Carrión. Quito. 2010. Pág. 70.

sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública...”¹⁴

Se puede notar que permanece la frase “remediar inmediatamente” en el texto correspondiente, sin embargo, la forma a través de la cual este remedio se hará efectivo no fue desarrollada en nuestra Constitución pasada.

Sin perjuicio de la historia de la reparación económica a nivel nacional, mencionada en el presente trabajo investigativo, es consecuente mencionar que el autor se encuentra realizando un análisis exclusivo de la forma de reparar económicamente violaciones a derechos fundamentales a través de la justicia constitucional, puesto que, entre otras, la materia civil previamente ya señaló la obligación de indemnizar a los perjudicados de delitos o cuasidelitos a través del Código Civil ecuatoriano, que en su artículo 2214 manda: “Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”¹⁵.

De todo lo enunciado en el presente capítulo, resulta importante indicar que actualmente, la Constitución de la República del Ecuador, dejó atrás la realidad en la que cayeron las anteriores Cartas Fundamentales, que no fue otra que “terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales solo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y con el alcance que la ley les diera, de manera que no constituían un límite a la legislación”¹⁶ ; así pues, ahora la realidad de todos nuestros derechos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador y Tratados Internacionales de Derechos Humanos son

¹⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicada en el Registro Oficial 1, de 11 de Agosto de 1998, Artículo 95, inciso primero.

¹⁵ CÓDIGO CIVIL (LIBRO IV). Codificación 10. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁶ GASCÓN ABELLÁN, María y GARCÍA FIGUEROA, Alonso. *La Argumentación en Derecho*. PALESTRA, Lima, 2005, pág. 21.

plenamente exigibles, sin que requiera o medien leyes que delimiten su alcance, sin embargo se requieren de normas inferiores que reglan los procedimientos.

Finalmente, con la evolución de nuestro derecho constitucional, nace en el 2008 la garantía jurisdiccional cuyo alcance en lo que respecta a la reparación económica se buscará delimitar: la acción de protección. Una herramienta, como ya fue mencionado, capaz de hacer plenamente exigibles derechos constitucionales y reconocidos en tratados de Derechos Humanos de forma efectiva. Sin embargo es esencialmente trascendental llegar a analizar lo que respecta al procedimiento para determinar la reparación económica a favor de una persona, cuando mediante una sentencia ya se ha declarado esta violación de uno o más de sus derechos reconocidos en nuestra Constitución o en tratados internacionales de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Ecuador.

1.3 PROCEDENCIA DE LA REPARACIÓN ECONÓMICA:

La reparación económica dentro de la acción de protección termina siendo el resultado de la decisión jurisdiccional que ha dado la razón al accionante con respecto de una violación a derechos fundamentales, reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador o en Instrumentos Internacionales de derechos humanos, a través de una sentencia; por lo tanto, se detallarán todos los aspectos necesarios para llegar a esta reparación económica utilizando a la acción de protección como herramienta jurídica vigente en el Ecuador.

1.3.1 Legitimación activa en la Acción de Protección:

El primer aspecto que se debe aclarar, es determinar quién o quiénes pueden interponer una acción de protección, es decir, se debe delimitar la legitimación activa en la presente garantía;

cuya definición es:

“La legitimación activa en el ámbito de la jurisdicción constitucional es la capacidad procesal que le reconoce el Estado a una persona natural o jurídica, como asimismo a órganos o agentes del Estado, conforme establezca la Constitución o la ley, para actuar en procedimientos jurisdiccionales como accionantes.”¹⁷

Consecuentemente, debemos acudir al artículo 9 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que delimita la legitimación activa de esta, y todas las garantías jurisdiccionales, a excepción del hábeas corpus y la acción extraordinaria de protección como se lee a continuación:

“Art. 9.- Legitimación activa.- Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas:

- a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y,
- b) Por el Defensor del Pueblo.

Se consideran personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño. Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce.

En el caso de las acciones de hábeas corpus y extraordinaria de protección, se estará a las reglas específicas de legitimación que contiene esta ley.”¹⁸

Del artículo citado extraemos que cualquier persona natural o jurídica, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo que siente que sus derechos constitucionales han sido violados, así como el Defensor del Pueblo cuando observe tal vulneración, pueden interponer una acción de protección, sin embargo el artículo 11 de la misma ley añade un elemento:

¹⁷ GORDILLO GUZMÁN, David. *La limitación de la Acción de Protección contra decisiones judiciales y su incidencia en la indefensión*. Editorial Work House Procesal. Quito. 2010. Pág. 72

¹⁸ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 9. Incisos primero, segundo y tercero.

“Art. 11.- Comparecencia de la persona afectada.- Cuando la acción haya sido presentada por interpuesta persona, la jueza o juez deberá notificar a la persona afectada. Esta podrá comparecer en cualquier momento, modificar la demanda, desistir de la acción o deducir los recursos de ley aunque no haya comparecido antes.”¹⁹

Aparece de esta forma la posibilidad de que un tercero, que no es el afectado, presente la acción de protección para que esta sea admitida siempre y cuando, la jueza o el juez que conoce la demanda, notifique a la persona cuyos derechos fundamentales fueron presuntamente violados. Al respecto, se concuerda con lo establecido por Ramiro Ávila Santamaría quien expresa que: “Por ello, la Constitución determina que cualquier persona, grupo de personas, comunidad pueblo o nacionalidad podrá presentar las acciones previstas en la Constitución. No se requiere, entonces, (...) el ser el titular del derecho o el comparecer con poder o representación”²⁰.

1.3.2 Legitimación Pasiva en la Acción de Protección:

Para iniciar con el estudio de la legitimación pasiva en la acción de protección ecuatoriana, resulta imprescindible determinar el artículo 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que determina:

“Art. 41.- Procedencia y legitimación pasiva.- La acción de protección procede contra:

1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.
2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.
3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías.
4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:
 - a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;
 - b) Presten servicios públicos por delegación o concesión;
 - c) Provoque daño grave;

¹⁹ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 11.

²⁰ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. “Del amparo a la acción de protección jurisdiccional” en MARTÍNEZ MOLINA, Dunia. *Genealogía de la Justicia Constitucional Ecuatoriana*. Centro de Estudio y Difusión del Derecho Constitucional. Quito. 2011. Pág 236.

- d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.
5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.”²¹

Entiéndase como autoridad pública a efectos de legitimación pasiva: “... al funcionario u órgano del que emana el acto que se acusa una consecuencia lesiva para el derecho fundamental.”²²; es así que todas las acciones y omisiones que se enmarquen dentro del ejercicio de las funciones de una de estas autoridades podrá ser recurrida a través de esta vía cuando se determine que ha existido una violación de derechos fundamentales.

Las políticas públicas que priven el ejercicio o el goce de derechos constitucionales también son nombradas por el artículo 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de tal forma que la persona o el órgano que las dicte será quien sea demandado a través de la acción de protección que se interpusiere. Al respecto, las políticas públicas son definidas como: “... el conjunto de actividades gubernamentales cuyo objeto fundamental es investigar y determinar las necesidades de los habitantes del Estado para darles satisfacción adecuada y oportuna a fin de hacer posible el buen vivir...”²³

El numeral tres de la norma citada indica que los prestadores de servicios públicos como “...agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.”²⁴ Quienes

²¹ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 41.

²² GORDILLO GUZMÁN, David. *La limitación de la Acción de Protección contra decisiones judiciales y su incidencia en la indefensión*. Editorial Work House Procesal. Quito. 2010. Pág. 75.

²³ CUEVA CARRIÓN, Luis. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. Ediciones Cueva Carrión. Quito. 2010. Pág. 136.

²⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicada en el Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, Artículo 314, inciso primero.

también son sujetos pasivos en acciones de protección si en el ejercicio de su prestación llegasen a violar derechos fundamentales.

A continuación, el numeral cuarto *ibídem* contempla un avance con respecto de la acción de amparo vigente hasta antes del año 2008 en el Ecuador al incorporar como sujeto pasivo de la acción de protección a las personas naturales o jurídicas del sector privado cuando violen derechos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador y en Instrumentos Internacionales y además incurran en una de las siguientes circunstancias:

Presten servicios públicos impropios, es decir, que un particular preste un servicio reconocido como público; como por ejemplo una clínica particular que preste el servicio público de salud o una universidad que preste el servicio público de educación, etcétera.

Presten servicios de interés público, definido como "...aquel que se presta a toda la comunidad, de manera regular y continua, y satisface necesidades colectivas, materiales o inmateriales. Tienen un amplio radio de acción, principalmente de carácter social; de él se benefician todos: ricos y pobres, nacionales y extranjeros."²⁵; un claro ejemplo son las instituciones del sistema financiero como bancos y cooperativas de ahorro y crédito.

Presten servicios públicos por delegación o concesión, como por ejemplo la provisión de energía eléctrica a través de una empresa privada cuando ésta ha cumplido con el procedimiento para ser concesionaria de la prestación del servicio.

Provoque daño grave; para lo cual se indica una definición muy completa de "daño":

²⁵ CUEVA CARRIÓN, Luis. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. Ediciones Cueva Carrión. Quito. 2010. Pág. 160.

“... es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de los que goza el individuo. Su cuantía y la mayor o menor dificultad para acreditarlo y apreciarlo son diferentes, la ley no las considera.”²⁶

Y se complementa a esta definición con el significado de “grave”: “Grande, importante.- De responsabilidad.- Arduo, difícil (...) Herido o enfermo cuya vida peligra (...) Dicho de delitos, el castigado con muerte, pena restrictiva de libertad, de larga duración o multa cuantiosa”²⁷

Por lo tanto se puede definir a daño grave como toda afectación importante de larga e intensa duración y de difícil o imposible reparación.

La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo, al respecto Cordero Heredia menciona que existe un importante avance en materia de protección de derechos puesto que lo único que se debe demostrar bajo esta circunstancia es que existió la relación de subordinación, indefensión o acto discriminatorio.²⁸

1.3.3 Procedencia de la acción de Protección:

Una vez analizada la legitimación activa y pasiva dentro de la acción de protección es necesario establecer qué otros demás requisitos exige para su procedibilidad; precisamente el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina en sus numerales 1 y 3:

“Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurran los siguientes requisitos:

²⁶ GARCÍA FALCONÍ, José. *La demanda civil de daños y perjuicios y daño moral con responsabilidad subjetiva en contra de jueces, fiscales y defensores públicos*. Editorial La Justicia. Quito. 2010. Pág 200.

²⁷ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 2011. Tomo IV. Pág. 197.

²⁸ CORDERO HEREDIA, David. *¿Al fin una garantía jurisdiccional que funciona? Análisis de la acción constitucional de protección*. INREDH. Quito. 2009. Pág 252.

1. Violación de un derecho constitucional; (...)
3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.”²⁹

Indiscutiblemente a lo largo de la presente investigación se ha indicado reiterativamente que debe existir una vulneración de derechos fundamentales; sin embargo el numeral tercero del artículo mencionado señala un requisito que ha servido de base para negar en muchas ocasiones acciones de protección al existir mecanismos de defensa judicial alternativos y ordinarios que se consideran por algunos jueces como adecuados y eficaces.

1.3.4 Procedencia de la reparación económica en una Acción de Protección:

Finalmente se analizará cuando es procedente la reparación económica en la acción de protección, para lo cual resulta imperioso determinar el alcance de la reparación integral y cuando es viable.

En primer lugar se debe hacer notar que el objeto de las garantías jurisdiccionales está establecido en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que dispone:

“Art. 6.- Finalidad de las garantías.- Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, **así como la reparación integral de los daños causados por su violación.** (...)”³⁰ las negrillas no son del texto.

²⁹ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 40. Numerales 1 y 3.

³⁰ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 6.

En tal sentido podemos observar que como principal componente de la naturaleza de todas las garantías jurisdiccionales se encuentra la reparación integral a las víctimas con respecto de los daños sufridos por la violación de sus derechos.

Como se ha tratado, “la acción constitucional de protección ordinaria (...) tiene como resultado promover un proceso para alcanzar la protección mediante la prevención y reparación constitucional del derecho desconocido o violado...”³¹, y es primordialmente esa característica la que adquiere importancia en el presente estudio puesto que los jueces tienen la obligación de determinar la reparación integral cuando en su sentencia han declarado vulneración de derechos del accionante, todo esto al tenor del numeral 4 del artículo 17 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que determina:

“Art. 17.- Contenido de la sentencia.- La sentencia deberá contener al menos: (...)
4. Resolución: La declaración de violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar...”³²

A través de este artículo los jueces constitucionales se encuentran obligados a ordenar la reparación integral para restituir los derechos violados de las personas que exigen se tutelen sus derechos a través de la acción de protección, confirmándose así, el avance con respecto a la Constitución ecuatoriana de 1998 que determinó que:

“... constatando una violación de derechos, la jueza o juez debe adoptar medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos. La Constitución no especifica las medidas y utiliza el concepto de remediar. Sin embargo, la Constitución determina que son medidas urgentes, y por lo

³¹ ANDINO REINOSO, Wilson. *La acción Ordinaria de Protección en el Derecho Constitucional*. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito. 2011. Pág 56.

³² LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 17, numeral 4.

tanto, no definitivas. Por tanto, no estaba claro que se podía reparar integralmente por medio de una resolución que no declara violación de derechos.”³³

En otras palabras, el avance que se materializó con la Constitución de la República del Ecuador del 2008 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional publicada en el Ecuador en 2009, fue el de brindar una herramienta jurídica a los operadores de justicia que les permita delimitar las obligaciones que deberán cumplirse para restituir y reparar los daños causados por violaciones de derechos constitucionales y de Instrumentos Internacionales de derechos humanos. De esta forma “se frenó el vicio que tuvo el Tribunal Constitucional de resolver con la frase de *se acepta el amparo Constitucional* sin especificar cuáles eran las acciones que debían adoptarse en razón de esta disposición, lo cual tornó inejecutables en la práctica dichas resoluciones”³⁴ Por tanto, esta reparación “debe considerar el *restitutio in integrum*, la garantía de no repetición, la satisfacción, la indemnización y la rehabilitación”.³⁵

La obligación de reparar el daño además se encuentra delimitada en la Constitución vigente del Ecuador, al respecto el artículo 86 en su numeral 3 manda:

“Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: (...)

3. 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 constatare la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones,**

³³ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. “Del amparo a la acción de protección jurisdiccional” en MARTÍNEZ MOLINA, Dunia. *Genealogía de la Justicia Constitucional Ecuatoriana*. Centro de Estudio y Difusión del Derecho Constitucional. Quito. 2011. Pág 247.

³⁴ CORDERO HEREDIA, David. *¿Al fin una garantía jurisdiccional que funciona? Análisis de la acción constitucional de protección*. INREDH. Quito. 2009. Pág 261.

³⁵ MARTIN BERISTAIN, Carlos. *Diálogos sobre reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito. 2009.

positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse...³⁶ (las negrillas no son del texto).

Para clarificar el artículo integrante de la Constitución de la República del Ecuador que se acaba de citar, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 18 realiza una especie de definición, división y enumeración ejemplificativa de lo que concierne a la reparación integral, de tal forma que su primer inciso contiene:

“Art. 18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará 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. La reparación 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...”³⁷

En lo que tiene que ver a este primer inciso es importante mencionar que la ley manda al juez que, en caso de que se declare la vulneración de derechos, indiscutiblemente procederá la orden de reparación integral, que procurará que a la persona o grupo de personas titulares del derecho violado se les restituya el derecho al momento correspondiente antes de la vulneración, para que así puedan gozar de su derecho de la manera más adecuada posible.

En segundo lugar este inciso señala algunas formas de cómo se puede reparar integralmente derechos violados, al respecto es procedente mencionar que:

“... este inciso es abundante en los ejemplos de las dimensiones o formas de la reparación: 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

³⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicada en el Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, Artículo 86, numeral tercero.

³⁷ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 18, inciso primero.

remitir a la autoridad competente para investigar o sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud. Lo interesante de esta norma es que al no contener una enumeración taxativa, le otorga al juez un amplio margen para su creatividad”³⁸

Continuando con el estudio del artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, su inciso segundo dispone:

“La reparación por el daño material comprenderá 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. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las 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 su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.”³⁹

Este inciso realiza una subdivisión de la reparación integral, en otras palabras, nos indica qué tipo de reparaciones pueden existir; en primer lugar se señala a la reparación por el daño material, que incluye:

Compensaciones por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, situación que se evidenciará cuando a causa de la violación de derechos constitucionales la víctima pierda o deje de percibir ingresos que regularmente los hubiese percibido.

Gastos efectuados con motivo de los hechos, que serán los egresos de dineros, que realicen las víctimas de violaciones de derechos fundamentales, realizados como consecuencia de dicha violación.

³⁸ POLO CABEZAS, María Fernanda. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías Constitucionales en Ecuador*. Quito. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. 2011. Pág. 77

³⁹ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 18, inciso segundo.

Consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso, que se presentarán como daños o situaciones que no hubiesen ocurrido, y que representan una disminución del patrimonio de las víctimas, si la violación de derechos no hubiese ocurrido.

Al tenor del inciso segundo del artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional existe también la reparación por el daño inmaterial que comprende una compensación mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero por:

Los sufrimientos y las 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 su familia, que se producirá cuando a la víctima o a sus familiares, como consecuencia de la violación a sus derechos, se les produzca una afectación en sus estilo de vida.

Además añade el presente inciso que la reparación debe realizarse en función del tipo de violación, las circunstancias particulares del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación del proyecto de vida de los perjudicados, de tal forma que cada caso representará un universo para el juez o jueza que conozca la causa.

Finalmente, el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina el alcance de la reparación económica, que dentro de la acción de protección es el motivo de la presente investigación.

“Art. 19.- Reparación económica.- 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 fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. De estos

juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes.”⁴⁰

Interesante artículo, puesto que limita la reparación integral, cuando implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, en el sentido de que podrá volverse tangible después de atravesar los recursos ordinarios y extraordinarios contemplados en la legislación de nuestro país; sin perjuicio de que esta reparación económica proceda como consecuencia de la reparación por el daño material o inmaterial.

CAPÍTULO II

REALIDAD DE LA REPARACIÓN ECONÓMICA EN LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

2.1 PROBLEMÁTICA ACTUAL:

Como fue analizado en la parte final del capítulo anterior, el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional exige que para la determinación del monto a pagarse a favor de la víctima, cuyos derechos fundamentales fueron violados, se realice un proceso diferente; verbal sumario ante el mismo juez cuando la vulneración provenga de un particular y en la sede contencioso administrativa si la vulneración proviene del propio Estado.

⁴⁰ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 19.

Además en estos nuevos procesos se pueden interponer los recursos de apelación y casación, sin perjuicio de los demás recursos determinados en los diferentes códigos de procedimiento.

Al respecto cabe mencionar que los ciudadanos acuden a la jurisdicción constitucional para que se tutelen sus derechos fundamentales de la forma más eficaz, directa y oportuna porque se entiende que estos derechos son de suma importancia para el desenvolvimiento de todas y cada una de las facetas de sus vidas; sin embargo, el hecho de que esta determinación y posterior liquidación económica, en virtud de los daños causados provenientes de los derechos que fueron violados, esté sujeta a un procedimiento que resulte ser tedioso y prolongado en lo que respecta a tiempos, implica un desapego manifiesto a disposiciones Constitucionales y principios establecidos en el Código Orgánico de la Función Judicial e inclusive en la propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ya que “la Constitución establece que el Juez que considerase que efectivamente se ha vulnerado un derecho debe ordenar en la sentencia la reparación integral.”⁴¹

La inobservancia de la Constitución de la República del Ecuador, al aplicar normas desarrolladas en leyes, orgánicas o inorgánicas, genera un conflicto con respecto del juzgador, ya que como se analizará en capítulos posteriores, se encuentra atado de manos cuando observa incompatibilidad entre normativa infra constitucional y la propia Constitución. Esto a pesar de que se ha establecido que la Constitución por parte de cualquier tipo de autoridad pública es de aplicación directa; al respecto:

“... las normas constitucionales gozan de una eficacia directa que además significa que los órganos que aplican el derecho deben tomar la Constitución como premisa de su decisión, tanto al aplicar, como al interpretar las normas constitucionales, pero

⁴¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Santiago. *Manual de Derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano*. Editorial Edino. Guayaquil. 2010. Pág 145.

principalmente al crear otras normas. La constitución además de ser norma sobre normas, es una norma aplicable, es una fuente del derecho.”⁴²

Analicemos cuáles son los recursos por los cuáles podrá atravesar un proceso mediante el cual se intenta determinar el monto a pagarse a favor de una persona por concepto de reparación económica:

2.1.1 Cuando la violación de derechos fundamentales proviene de un particular:

La sección décima del Código de Procedimiento Civil, en el artículo 320 determina que “La ley establece los recursos de apelación, casación y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso.”⁴³ Por lo tanto, el panorama al que deberá enfrentarse el accionante en una acción de protección donde se hayan declarado como violentados uno o más de sus derechos y exija reparación económica es el siguiente:

En un comienzo, se deberá dar inicio a un juicio verbal sumario. Ya aquí nos encontramos el primer vacío que nos entrega el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional al no delimitar exhaustivamente el procedimiento para alcanzar la reparación económica, por lo tanto nace la interrogante, ¿es necesaria la interposición de demanda para que sea procedente el trámite verbal sumario en este tipo de juicio?, el artículo 829 del Código de Procedimiento Civil⁴⁴ nos dice que sí, por lo tanto, a criterio del autor, es necesaria la proposición de la demanda, la calificación de la misma, y la citación al demandado y demás requisitos que exige la ley para que solamente inicie el proceso, con plena validez, de determinación y liquidación de reparación económica en contra de un particular.

⁴² OTTO, Ignacio de. *Derecho Constitucional y sistema de fuentes*. Editorial Ariel. Barcelona. 1989. Pág. 76.

⁴³ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Codificación 11. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio del 2005. Artículo 320.

⁴⁴ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Codificación 11. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio del 2005. Artículo 829.

Una vez realizada la citación al demandado, al tenor del artículo 830 del Código de Procedimiento Civil, el juez debe señalar día y hora para la audiencia de conciliación, que debe ser convocada en un período de tiempo no menor a dos días ni mayor a ocho días contados a partir de la expedición de la providencia que convoque dicha audiencia.

La audiencia de conciliación puede ser diferida, si existe una petición expresa y conjunta de actor y demandado⁴⁵, y de no concurrir uno de ellos se procederá en rebeldía.

La jueza o el juez, al tenor de lo establecido en el artículo 833 *ibídem*, deberá procurar que en esta audiencia se llegue a un acuerdo con respecto de las pretensiones del actor; sin embargo los artículos 835 y 836 del mismo cuerpo legal determinan:

“Art. 835.- De no obtenerse la conciliación y si se tratare de liquidación de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenada por sentencia ejecutoriada, en la que se hayan determinado las bases y el modo de practicarla, el juez hará la liquidación en la misma audiencia o dejará notificadas a las partes para practicarla dentro de los tres días siguientes, pudiendo asesorarse con un perito, que él nombrará y cuyo dictamen se agregará a la sentencia. De tratarse de cuestiones de puro derecho, expedirá sentencia en el mismo acto o dentro de los tres días siguientes.”⁴⁶

“Art. 836.- Si no existieren bases para la liquidación, o se tratare de las demás controversias sujetas al trámite establecido en esta Sección, de no haberse obtenido el acuerdo de las partes, y si se hubieren alegado hechos que deben justificarse, el juez, en la misma audiencia de conciliación, abrirá la causa a prueba por un término de seis días.”⁴⁷

De estos dos artículos se extraen varias posibilidades existentes; si no se llegase a un acuerdo entre las partes, (como en la mayoría de los casos sujetos a la decisión de un juez), y si se trata de una liquidación de una indemnización (como lo es la determinación del monto a pagarse por

⁴⁵ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Codificación 11. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio del 2005. Artículo 831.

⁴⁶ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Codificación 11. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio del 2005. Artículo 835.

⁴⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Codificación 11. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio del 2005. Artículo 836.

concepto de reparación económica), el juez debe hacer la liquidación en la misma audiencia o notificar a las partes con respecto de la realización de la misma en un plazo no mayor a tres días; además la ley faculta la participación de un perito para la realización de esta actividad, cuyo informe deberá añadirse a la sentencia que se dicte.

Sin embargo podrá abrirse el término de prueba por un término de seis días cuando no existan bases para la liquidación o si se hubiesen alegado hechos que deban justificarse; se entienden estos hechos como los generadores de la obligación que ya fue ordenada por una sentencia emitida por el mismo juez constitucional dentro de la acción de protección.

Una vez terminada la etapa probatoria, y hasta que se dicte sentencia se podrán presentar alegatos, conforme lo dispuesto en el artículo 837 del Código de Procedimiento Civil. La sentencia debe ser dictada hasta cinco días después de finalizada la prueba.

En teoría este tipo de juicio no debería tardar en lo absoluto, sin embargo, la realidad de los juicios verbales sumarios en el Ecuador es alarmante, llegando a tardar meses e incluso años en llegar a una resolución parcialmente definitiva.

Si leemos con atención el artículo 845 del Código de Procedimiento Civil que determina: “Art. 845.- En el juicio verbal sumario que se efectúe para liquidar intereses, frutos, daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada, el fallo no será susceptible de recurso alguno...”⁴⁸ existiría una disminución considerable con respecto del tiempo en que tardaría de ser firme la resolución judicial que determina la reparación económica, sin embargo, el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ley especial y jerárquicamente superior, señala explícitamente que de estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación y

⁴⁸ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Codificación 11. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio del 2005. Artículo 846. Inciso Primero.

casación, por lo tanto, cabe recurso de apelación con respecto de la sentencia que determine el monto a pagarse por concepto de reparación económica y deberá ser conocido por una de las salas de la Corte Provincial de Justicia, que resolverá por el mérito de autos, de acuerdo al artículo 838 del Código de Procedimiento Civil.

La resolución de la Corte Provincial, con respecto de la reparación económica, es susceptible de recurso de casación conforme lo establecido en la parte pertinente del artículo 2 del cuerpo normativo mencionado que determina:

“Art. 2.- PROCEDENCIA.- El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo. Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado.”⁴⁹

A pesar de que la acción de protección como tal, recogiendo el pensamiento de Ávila Santamaría, es una acción de conocimiento⁵⁰, el juicio verbal sumario mediante el cual se determina la reparación económica ordenada por el juez correspondiente en contra de un particular se convierte en un segundo juicio de conocimiento, ya que se buscará determinar y liquidar la cantidad de dinero a pagarse a favor del accionante a través de este nuevo procedimiento, para lo cual se podrá abrir un nuevo término de prueba. En tal virtud, procederá el recurso de casación en contra de sentencias dictadas por la Corte Provincial fundamentándose en una de las causales que el artículo 3 del mismo cuerpo normativo señala:

⁴⁹ LEY DE CASACIÓN, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 299 de 24 de marzo de 2004. Artículo 2. Incisos primero y segundo.

⁵⁰ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. “Del amparo a la acción de protección jurisdiccional” en MARTÍNEZ MOLINA, Dunia. *Genealogía de la Justicia Constitucional Ecuatoriana*. Centro de Estudio y Difusión del Derecho Constitucional. Quito. 2011. Pág 233.

“Art. 3.- CAUSALES.- El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales:

1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva;

2da. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente;

3ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto;

4ta. Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis; y,

5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles.”⁵¹

Finalmente, es también importante hacer notar que existe la posibilidad de reclamar la nulidad del proceso de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, la misma que podrá ser declarada a petición de parte o de oficio por el juez de instancia o la Sala de la Corte Provincial. Además, podrá interponerse el recurso de hecho cuando exista negativa por parte del juez de instancia de conceder el recurso de apelación⁵², o cuando la Corte Provincial niegue el recurso de casación pretendido por la parte recurrente⁵³.

2.1.2 Cuando la violación de derechos fundamentales proviene del Estado:

El presente tema analizará las posibilidades existentes cuando aparece manifiesta la vulneración de derechos fundamentales de una o más personas como consecuencia de una acción u omisión del Estado, y su responsabilidad ha sido determinada a través de una sentencia de acción de protección.

⁵¹ LEY DE CASACIÓN, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 299 de 24 de marzo de 2004. Artículo 3.

⁵² CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Codificación 11. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio del 2005. Artículo 365

⁵³ LEY DE CASACIÓN, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 299 de 24 de marzo de 2004. Artículo 9.

En un inicio, es procedente indicar que la competencia para conocer el juicio de reparación económica en contra del Estado es otorgada a la jurisdicción contencioso administrativa al tenor de lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Al respecto, esta disposición guarda cierta relación con lo establecido en el artículo 217, numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial que determina:

Art. 217.- ATRIBUCIONES Y DEBERES.- Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo: (...)

8. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos;...⁵⁴

Como se puede apreciar, el Código Orgánico de la Función Judicial señala la competencia que tienen las salas de lo contencioso administrativo para conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares; sin embargo, se aprecian algunas diferencias con respecto del juicio para determinación de monto por concepto de reparación económica establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales ya que en primer lugar, la acción contenida en el Código Orgánico de la Función Judicial implica que los jueces tendrán que analizar si ha existido violación o no en los derechos de la persona para luego proceder con la reparación como ellos lo determinen; y en segundo lugar, en las acciones que conocen las salas de lo contencioso administrativo de las cortes provinciales de justicia, establecidas en el numeral 8 del artículo 217 del Código Orgánico

⁵⁴ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 544 de 09 de marzo de 2009. Artículo 217, numeral 8.

de la Función Judicial, las presuntas violaciones que se reclaman provienen por falta o deficiencia de la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus funciones que pueden ser o no transgresoras de derechos constitucionales.

No existe una norma que defina el procedimiento mediante el cual una persona, cuyos derechos constitucionales han sido declarados como vulnerados por parte del Estado, pueda acceder de manera eficaz y oportuna a la justicia ecuatoriana para que se reparen integralmente sus derechos cuando una acción de protección mediante sentencia lo ordene.

Por lo tanto, el tiempo, las instancias y/o los recursos existentes para reclamar la reparación económica en la sede contencioso administrativa son confusos, y están limitados a la discrecionalidad del administrador de justicia mientras no se clarifiquen a través de una norma los alcances de la disposición señalada en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Sin embargo, se puede mencionar al artículo 185, numeral 6, que determina la competencia que tiene la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia para:

“Art. 185.- COMPETENCIA DE LAS SALAS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.- La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo conocerá:

6. Los recursos de casación en las causas por indemnización de daños y perjuicios propuestas por los particulares en contra de las instituciones del Estado...”⁵⁵

A pesar de que el juicio por reparación económica proveniente de una sentencia de acción de protección no sea una causa por indemnización de daños y perjuicios, se podría interpretar al

⁵⁵ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 544 de 09 de marzo de 2009. Artículo 185, numeral 6.

tenor de lo dispuesto en el artículo precedente, que de la resolución que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial de Justicia tome con respecto al monto de la reparación económica puede ser susceptible del recurso de casación prestando atención a la competencia otorgada a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia por el Código Orgánico de la Función Judicial.

2.1.3 Inobservancia de Principios y Disposiciones Constitucionales:

La Constitución ecuatoriana regula a través de sus principios a todo el ordenamiento jurídico de tal forma que las normas de inferior jerarquía deben adaptar sus preceptos y guardar armonía con la carta fundamental. A partir del 2008, año en el que nace jurídicamente nuestra actual Constitución, toma fuerza la corriente del neoconstitucionalismo y “la Constitución pasa a ser la norma suprema, además de orgánica, por tanto, un individuo puede exigir que se cumpla el derecho de reparación de forma inmediata: porque la ley está sometida a la constitución.”⁵⁶

El artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al ordenar que la reparación económica debe tratarse en un juicio aparte, verbal sumario ante el mismo juez que declaró la vulneración de derechos constitucionales, y en la sede contencioso administrativa si la vulneración proviene del Estado, se separa de algunas disposiciones y principios constitucionales que se enumeraran a continuación.

2.3.1.1 Inobservancia al Principio de Celeridad:

El artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador determina:

⁵⁶ POLO CABEZAS, María Fernanda. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías Constitucionales en Ecuador*. Quito. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. 2011. Pág. 68.

“Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y **celeridad**; en ningún caso quedará en indefensión...”⁵⁷ (las negrillas no son del texto)

Como se ha analizado, el proceso que involucra la reparación económica, su determinación y posterior liquidación a través de un juicio verbal sumario o en la jurisdicción contenciosa administrativa puede llegar a durar meses e incluso años. Por lo tanto, se inobserva el principio de celeridad que determina:

“Quienes participan en el proceso deben ajustar su actuación de tal modo que se dote el trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, al fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento”⁵⁸

2.3.1.2 Inobservancia al Principio de Concentración:

Al resolverse la acción de protección y separarse en la parte resolutive con respecto de la determinación de la cantidad de dinero que recibirá el accionante por concepto de reparación económica se están generando dos procesos de conocimiento diferentes, ya que el juzgador en una primera etapa se encuentra obligado a determinar si efectivamente se han violado derechos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador o en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de una o más personas, y de declararlos de esta manera, se encuentra obligado en una segunda etapa a cuantificar el daño en el momento en que se ordene la reparación económica. Ambos procedimientos deberán ser evacuados conforme las disposiciones

⁵⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicada en el Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, Artículo 75.

⁵⁸ GORDILLO GUZMÁN, David. La limitación de la Acción de Protección contra decisiones judiciales y su incidencia en la indefensión. Editorial Work House Procesal. Quito. 2010. Pág. 15.

procesales existentes, y principalmente requerirán una etapa probatoria para que las partes evacúen sus aportes. De esta forma se afecta el principio de concentración que dispone:

“Art. 19.- PRINCIPIOS DISPOSITIVO, DE INMEDIACION Y CONCENTRACION.-
(...)

Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso.”⁵⁹

“El Principio de Concentración tiene como fin evitar dilaciones injustificadas en el proceso, haciéndolo más expedito y ágil, con el objeto de alcanzar un alto grado de continuidad que permita al Juzgador, a la hora de tomar una decisión, tener una idea clara y precisa de la argumentación presentada durante el debate probatorio.”⁶⁰

No existe grado de continuidad en los juicios de reparación económica, puesto que, como se analizó, en contra de particulares existen una gran cantidad de recursos e instancias que harán que el juzgador cambie y el tiempo sea excesivo, y cuando el Estado es el vulnerador del Derecho no existe un procedimiento establecido que permita que el juicio sea ágil.

“(la)... amplitud general de la que goza el juez para hacer efectiva su sentencia, se ve constitucionalmente mermada cuando en el artículo 19 de la ley establece que en todos los casos en que la reparación implique pago en dinero, la determinación del monto se hará en un juicio verbal sumario en caso de que la sentencia se hubiese dictado en contra de un particular, o en juicio contencioso-administrativo si fuese dictada en contra del Estado. Esta disposición encierra una concepción anacrónica de indemnización de daños y perjuicios, que requiere la declaración del derecho para luego ir a la determinación de los montos a que hubiere lugar, olvidando que en el caso constitucional lo que se declara es la violación del derecho, lo que genera la obligación correlativa y directa de reparar económicamente el daño, de ser el caso.”⁶¹

⁵⁹ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 544 de 09 de marzo de 2009. Artículo 19, inciso tercero.

⁶⁰ GORDILLO GUZMÁN, David. *La limitación de la Acción de Protección contra decisiones judiciales y su incidencia en la indefensión*. Editorial Work House Procesal. Quito. 2010. Pág. 6.

⁶¹ POLO CABEZAS, María Fernanda. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial I. Garantías Constitucionales en Ecuador*. Quito. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. 2011. Pág. 79.

2.3.1.3 Inobservancia al Artículo 86 de la Constitución:

El artículo 86 de la Constitución, numeral 2, literales a) y e) determina:

“Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: (...)

2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento: (...)

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

e) **No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.**⁶² (las negrillas no son del texto).

De ninguna manera el procedimiento para obtener finalmente reparación económica a través de una acción de protección podrá considerarse como sencillo, rápido y eficaz. Deja de ser sencillo ya que los recursos e instancias que la ley permite sobre el juicio hace que el accionante requiera inevitablemente el patrocinio de un abogado para la consecución de los fines perseguidos; deja de ser rápido ya que como observamos es un procedimiento que puede llegar a tardar una cantidad de tiempo considerable por la duración de los procesos a través de los recursos existentes, y su eficacia llega a dudarse ya que la vulneración de un derecho constitucional supone una urgencia con respecto de la reparación al daño, y si tarda meses en materializarse la reparación económica pues simplemente la acción deja de ser eficaz ya que de acuerdo al pensamiento de Cordero Heredia, con amparo eficaz se entiende “que la acción de protección

⁶² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicada en el Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, Artículo 86, numeral 2, literales a) y e).

debe estar configurada de tal forma que se pueda alcanzar la protección del derecho fundamental comprometido”⁶³

Entiéndase de esta manera que el objetivo de la acción de protección no llegará a materializarse si se aplican estas disposiciones, no existe agilidad ni eficacia, en conclusión, la definición realizada por Salmón Alvear de amparo no llega a aplicarse:

“La finalidad esencial del Amparo Constitucional es la de proteger el derecho e interés particular violentado ilegítimamente, con lo que se establecen –en forma ágil y eficaz- las situaciones al estado anterior en que se encontraban, es decir, previo a la violación del derecho constitucional.”⁶⁴

Se debe añadir, que esta especie de candado legal que brinda el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional con respecto de la reparación económica contribuye a que juezas y jueces se limiten a ordenar la reparación material e inmaterial por los daños causados a través de diferentes condiciones que no implican pagos de dinero, cuando en muchas ocasiones precisamente la determinación de una cantidad monetaria sería la vía más adecuada para resarcir el daño causado, principalmente cuando es imposible regresar al estado anterior al momento en que se produjo la violación; al respecto es procedente mencionar que:

“... sin embargo a diferencia de la Constitución y en franca inobservancia de ella, introduce la obligación de que la reparación económica se tramite de forma diferente (en cuerda separada) lo que en la práctica se ha convertido en una verdadera camisa de fuerza para obtener la reparación integral del daño, ya que ha generado que los jueces se abstengan de cuantificar los daños de índole económica causados y que los afectados, ante la necesidad de promover un nuevo y largo proceso para obtener la reparación económica se *conformen* con las medidas de reparación no económicas dictadas en sentencia de garantías jurisdiccionales, con lo cual, en la práctica, dicha disposición legal tornó ineficaz la reparación integral del daño consagrada constitucionalmente”⁶⁵

⁶³ CORDERO HEREDIA, David. ¿Al fin una garantía jurisdiccional que funciona? Análisis de la acción constitucional de protección. INREDH. Quito. 2009. Pág 252.

⁶⁴ SALMÓN ALVEAR, Carlos. *Régimen Procesal en el Amparo Constitucional en el Ecuador*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Guayaquil. 1999. Pág. 24.

⁶⁵ POLO CABEZAS, María Fernanda. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías Constitucionales en Ecuador*. Quito. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. 2011. Pág. 78

CAPÍTULO III

ESTUDIO COMPARADO CORRESPONDIENTE A REPARACIONES O INDEMNIZACIONES

3.1 COMPARACIÓN CON LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA, INDEMNIZACIÓN EN LA ACCIÓN DE TUTELA:

El presente capítulo está destinado a realizar una comparación entre la acción de tutela colombiana y la acción de protección ecuatoriana en lo relativo a sus procesos y procedimientos indemnizatorios o reparatorios, con el fin de poder extraer avances y mejoras aplicadas desde la normativa colombiana que eventualmente podrían ser insertadas en nuestra legislación a través de una reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Al respecto, se debe recordar que el capítulo segundo de la presente investigación profundizó sobre el alcance, naturaleza y procedimiento para hacer efectiva una acción de protección, por lo que el presente capítulo tratará de hacer sobresalir los aspectos más relevantes concernientes a la acción de tutela colombiana, para después analizar en lo relacionado a reparaciones o indemnizaciones.

3.1.1 Naturaleza jurídica de la Acción de Tutela Colombiana:

Precisamente, la acción de tutela se encuentra desarrollada en el artículo 86 de la Constitución de la República de Colombia de la siguiente manera:

“Artículo 86.- Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”⁶⁶

Se puede decir entonces que esta acción de tutela colombiana guarda mucha relación con la acción de protección ecuatoriana ya que “es una garantía constitucional que poseen todas las personas para la protección judicial inmediata de sus derechos fundamentales, tratándose por tanto, de un mecanismo de defensa contra el Estado y los particulares.”⁶⁷

Los derechos fundamentales son definidos de la siguiente manera:

“las condiciones de vida que permiten al hombre desarrollarse, utilizando plenamente sus cualidades de inteligencia y de conciencia y de satisfacer sus exigencias espirituales. No se trata solamente, en este contexto, de necesidades biológicas. Los derechos del hombre se derivan de la aspiración creciente de la humanidad a una vida que permita a cada ser humano garantizar el respeto y la protección que merece su personalidad”⁶⁸

⁶⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Artículo 86, Recuperado de <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista19/documentos/Constitucioncolombia.pdf> el 3 de mayo de 2013, las 23h51.

⁶⁷ MORALES ALZATE, Jhon. *La Acción de Tutela en Alemania y Colombia*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2010. Pág 2.

⁶⁸ FRAY MURCIA FLORIAN, Jorge. *Educación en Valores y Derechos Humanos*. ARFO Editores e impresores. Bogotá. 2001. Pág. 25

Bajo este concepto es que la acción de tutela colombiana cobra validez para el sistema jurídico de ese país, ya que, se transforma, al igual que la acción de protección ecuatoriana, en un mecanismo para proteger derechos fundamentales de las personas cuando estos han sido violados por una autoridad pública.

La Constitución colombiana, al mencionar que la acción de tutela se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, se apoya en los principios de celeridad y concentración para transformar a esta acción además en un proceso ágil que permita evidenciar resultados de manera pronta y oportuna; es pertinente mencionar que la naturaleza de esta tutela permite que las disposiciones constitucionales puedan ser aplicadas directamente por el juzgador cuando la disputa es puesta a su consideración, al respecto:

“... su naturaleza jurídica, dentro del marco del Estado Social de Derecho, es la de servir de medio para que la autoridad competente dé aplicación al texto constitucional, haciendo prevalecer la justicia material sobre la formal, dando mayor importancia al derechos sustancial sobre los formalismos legales. En otras palabras, contribuyendo al tránsito de un Estado Formal de Derecho a un Estado material de Derecho, en el que se respete y proteja a la persona humana como razón de ser de la organización política a la cual le han sido señalados como propósitos los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.”⁶⁹

3.1.2 Comparación. Legitimación Activa:

Con respecto a quién puede interponer una acción de tutela, el artículo 86 de la Constitución Colombiana dispone que cualquier persona puede presentarla por sí misma o por interpuesta persona, sin embargo, recogiendo el pensamiento de Cepeda Espinosa, se puede aclarar que la acción de tutela puede ser interpuesta por cualquier persona, colombiana o extranjera, mayor o

⁶⁹ TOBO RODRIGUEZ, Javier. La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 1999.

menor de edad sin la necesidad de que intervenga un abogado patrocinador o un apoderado⁷⁰; sin embargo, lo que esta persona deberá tratar de demostrar “es que uno de sus derechos fundamentales está siendo vulnerado o amenazado.”⁷¹. Al parecer, en este sentido guarda idéntica relación con la acción de protección ecuatoriana, situación que no se repite en lo relacionado a la legitimidad pasiva.

3.1.3 Comparación. Legitimación Pasiva:

Para responder en contra de qué procede una acción de tutela, además de la Constitución Colombiana, es necesario el estudio del Decreto 2591 de 1991, mediante el cual el Presidente de Colombia reglamentó el procedimiento de la acción de tutela:

“ARTICULO 5o. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.”⁷²

Del artículo precedente se pueden extraer similitudes y diferencias con la acción de protección ecuatoriana. Como principal similitud se puede encontrar que en ambas garantías constitucionales o jurisdiccionales, su procedencia no solo versa sobre acciones que generen daños a derechos fundamentales, sino que las omisiones lesivas también se encuentran incluidas, de tal forma que se menciona en el texto colombiano que no es necesaria ningún tipo de

⁷⁰ CEPEDA ESPINOSA, Manuel. *La Protección Constitucional del Ciudadano*. CIEDLA. Buenos Aires. 1999. Pág. 112.

⁷¹ BOTERO MARINO, Catalina. *Manual de Constitución y Democracia*. Ediciones UNIANDES. Bogotá. 2011. Pág. 189.

⁷² DECRETO 2591 DE 1991, Publicado en Colombia en el Diario Oficial No. 40.165 del 19 de noviembre de 1991, Artículo 5.

manifestación por escrito de la acción u omisión que vulneró los derechos fundamentales de la persona agraviada.

“... la acción de tutela introdujo en Colombia una modalidad de control Constitucional concreta no respecto de actos jurídicos particulares, sino de situaciones reales sin importar que hayan sido formalizados o no jurídicamente. Con la tutela, es la realidad concreta la que se juzga, no una manifestación jurídica de dicha realidad.”⁷³

Sin embargo, son mucho más evidentes las diferencias sustanciales, con respecto de la legitimidad pasiva, que involucran a la tutela colombiana y a la acción de protección ecuatoriana; en primer lugar encontramos que la acción de tutela colombiana procede contra las acciones u omisiones de cualquier autoridad pública, sin hacer diferenciación entre autoridades públicas judiciales y no judiciales. Por lo tanto, las decisiones jurisdiccionales que emanen de juezas y jueces pueden ser sujetas a control constitucional a través de una acción de tutela. En conclusión, es evidente que la acción de tutela, haciendo un símil con respecto de la legislación ecuatoriana, es al mismo tiempo una acción ordinaria y extraordinaria de protección por las razones expuestas, ya que al tenor de lo establecido en el artículo 58 de nuestra Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

“Art. 58.- Objeto.- La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.”⁷⁴

Al respecto cabe mencionar que la Constitución Colombiana al dejar abierta la posibilidad de que puedan ser revisadas las actuaciones de juezas y jueces generó gran polémica entre los juristas del país vecino, a tal punto que la reglamentación de esta vía incluida en el Decreto 2591

⁷³ CEPEDA ESPINOSA, Manuel. *La Protección Constitucional del Ciudadano*. CIEDLA. Buenos Aires. 1999. Pág. 115.

⁷⁴ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 58.

de 1991 fue declarada inexecutable (inconstitucional) a través de la sentencia No. C-543 de 1992 por la Corte Constitucional Colombiana.⁷⁵

“Pero a su vez, la Corte abrió la posibilidad de instaurar tutelas contra fallos judiciales solo y en casos excepcionales, cuando aquellas configuran una vía de hecho o se instaura como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”⁷⁶

“Sin embargo, una modalidad de tutela contra autoridades públicas ha generado una profunda controversia que aún subsiste. Se trata de las acciones de tutela contra autoridades judiciales, o mejor, de la “tutela contra sentencias”. El texto del artículo 86 de la Constitución no distingue entre tipos de autoridades públicas y el Decreto 2591 de 1991 reguló expresamente esta posibilidad, pero las normas correspondientes fueron finalmente declaradas inconstitucionales por la propia Corte Constitucional en una sentencia aprobada por la escasa mayoría de cinco magistrados. A pesar del fallo, la Corte Constitucional continúa aceptando la procedencia de la tutela contra autos y sentencias, aun ejecutoriadas, cuando la violación del derecho fundamental es tan palmaria y burda que es razonable concluir que se produjo una “vía de hecho” judicial.”⁷⁷

Interesante declaración la realizada por la Corte Constitucional Colombiana ya que declaró inconstitucional la aplicación de la acción de tutela sobre decisiones judiciales, pero dejó abierta la posibilidad de que puedan ser revisadas las decisiones jurisdiccionales emanadas por juezas y jueces cuando se pueda apreciar un inmenso error que lesione derechos fundamentales. En otras palabras, deja a su arbitrio la decisión de cuando es procedente o no esta vía como controladora de las decisiones del poder judicial.

En segundo lugar, se encuentra como principal diferencia entre la acción de tutela colombiana y la acción de protección ecuatoriana que en Colombia el amparo procede contra acciones u omisiones que amenacen violar derechos fundamentales. Al respecto, nuestra legislación

⁷⁵ MORALES ALZATE, Jhon. *La Acción de Tutela en Alemania y Colombia*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2010. Pág 10.

⁷⁶ MORALES ALZATE, Jhon. *La Acción de Tutela en Alemania y Colombia*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2010. Pág 10.

⁷⁷ CEPEDA ESPINOSA, Manuel. *La Protección Constitucional del Ciudadano*. CIEDLA. Buenos Aires. 1999. Pág. 118.

contempla una garantía jurisdiccional diferente denominada como “medidas cautelares”, contemplada en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

“Art. 26.- Finalidad.- Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos...”⁷⁸

Analizadas ambas diferencias, se puede decir que la acción de tutela colombiana abarca a las garantías jurisdiccionales ecuatorianas de medidas cautelares y acciones ordinaria y extraordinaria de protección. Sin embargo, para los fines de la presente investigación se profundizará únicamente en lo relativo a la acción de tutela colombiana cuando opera frente a las acciones u omisiones provenientes de una autoridad pública no judicial que violen o hayan violado derechos consagrados en la Constitución o en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

3.1.4 Comparación. Reparación o Indemnización:

El capítulo precedente señaló cuáles son las principales falencias e incongruencias relativas a la reparación económica que debe tramitarse cuando a través de una acción de protección se declararon como vulnerados uno o más derechos constitucionales de una persona; en el presente tema se analizará el alcance de la indemnización por concepto de vulneraciones a derechos fundamentales declarados a través de una acción de tutela en Colombia.

El artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 claramente habla de la indemnización a la que tiene derecho la persona afectada cuando se configuren ciertos requisitos:

⁷⁸ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 26. Inciso primero

“ARTICULO 25. INDEMNIZACIONES Y COSTAS. Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. **La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación.**” (las negrillas no son del texto).⁷⁹

Se puede apreciar a través de este artículo que se hace una aclaración en las primeras líneas del texto referente a tres condiciones: la primera consiste en que la indemnización, dentro de la acción de tutela colombiana, procede cuando la persona afectada no dispone de otro medio judicial para reclamar el pago de cierta cantidad de dinero como consecuencia de la vulneración de sus derechos fundamentales; la segunda tiene que ver con que la violación del derecho tiene que ser manifiesta, y la tercera consiste en que la violación del derecho debe ser consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria.

“El principio general es que el juez no puede imponer en la sentencia el pago de una indemnización o de costas, ya que el objeto de la tutela es la protección, respeto y eficacia de los Derechos Fundamentales contra acciones u omisiones de las autoridades o particulares y no tiene un carácter económico o patrimonial.”⁸⁰

Con respecto de la primera condición, el autor de la presente investigación guarda absoluta discrepancia al respecto, ya que resulta impensable que el afectado por la vulneración a sus derechos fundamentales tenga que acudir a la jurisdicción ordinaria, teniendo que atravesar todo lo que esta implica, para exigir se le indemnice económicamente, a pesar de que ya exista un pronunciamiento judicial en firme que determine que se han lesionado sus derechos

⁷⁹ DECRETO 2591 DE 1991, Publicado en Colombia en el Diario Oficial No. 40.165 del 19 de noviembre de 1991, Artículo 25.

⁸⁰ MORALES ALZATE, Jhon. *La Acción de Tutela en Alemania y Colombia*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2010. Pág 26.

constitucionales o reconocidos en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y además ese pronunciamiento ya consideró que la única manera de reparar el daño es a través del pago de una determinada cantidad de dinero; por lo tanto se considera que, la legislación ecuatoriana, al omitir este requisito dentro de la acción de protección ha generado un avance en la búsqueda de la protección y la garantía de los derechos fundamentales de las personas.

La segunda condición recogía que la violación del derecho debe ser manifiesta, al respecto se considera que indiscutiblemente la violación al derecho fundamental debe ser declarada a través de la sentencia de la acción de tutela, por lo tanto siempre será manifiesta y se cumplirá en todos los casos conocidos por la jueza o juez cuando se considere la indemnización.

Sin embargo, se detecta una contradicción clara con la Constitución colombiana al exigir en la tercera condición que la violación sea consecuencia de una acción clara y arbitraria, puesto que las personas cuyas omisiones llegasen a generar vulneraciones a derechos fundamentales estarían exentas del pago de indemnizaciones de acuerdo al Decreto 2591 de 1991, situación, que como ya se mencionó, es por demás inconstitucional ya que contraría la naturaleza y espíritu de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Colombiana.

Continuando con el análisis de la indemnización dentro de la acción de tutela colombiana, se puede visualizar en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 que se exige para la procedencia de la indemnización que la misma sea indispensable para asegurar el efectivo goce del derecho. Al respecto, como fue mencionado por Morales Alzate, esta disposición guarda relación con el carácter alejado de lo económico o patrimonial que tiene el amparo o tutela. La jueza o juez deberá tratar de buscar los mecanismos a su alcance que procuren reparar el daño causado, y en última instancia sustituir esa reparación con un valor monetario.

Finalmente, el mayor avance y mejora con respecto de las disposiciones sobre reparación económica, detallados en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador, que se encuentran en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 radica en lo relativo a la determinación específica e improrrogable de un plazo de seis meses para la resolución de la determinación y liquidación de la cantidad de dinero que recibirá el afectado por la vulneración de sus derechos fundamentales.

Estos seis meses señalados, generan en la víctima dentro de una acción de tutela un reconocimiento sobre la importancia que tiene la reparación integral para el Estado colombiano, y una barrera que impide que juezas y jueces de instancia y dentro de la jurisdicción contencioso administrativa dilaten innecesariamente procesos dentro de los cuales el único y primordial fin es el de tratar de cuantificar y ordenar el pago de una determinada cantidad de dinero por concepto de una vulneración, declarada judicialmente con anterioridad, de derechos reconocidos en la Constitución.

Sin embargo se observa, al igual que en la legislación ecuatoriana, un vacío con respecto del procedimiento de cómo debe llevarse a cabo este nuevo juicio que busca la determinación y liquidación de dinero, el mismo que puede ser subsanado con una reforma a la ley que incluya las instancias, los recursos y en general los procedimientos específicos que puede involucrar este proceso, diferenciándolos cuando es conducido por un juez de la jurisdicción contencioso administrativa o uno diferente.

Finalmente, el artículo señalado dentro del Decreto 2591 de 1991 colombiano, presenta la posibilidad de condenar en costas al accionante dentro del proceso, al respecto se menciona que:

“La condena en costas en concreto, ocurre cuando la tutela es rechazada o negada por temeridad – abuso del derecho – o se instaura de mala fe.”⁸¹

La sentencia C-443 de 1995, dictada por la Corte Constitucional Colombiana al respecto manifiesta que:

“La tutela como acción pública, es de esencia gratuita y está ligada íntimamente al derecho de las personas de acceder a la justicia, luego un señalamiento de costas no puede verse como algo que desestima la presentación de la acción. Pero, otra cosa muy diferente es que se abuse dolosamente de su ejercicio, entonces, la conducta abusiva perjudica a la administración de justicia, impide, obstaculiza que el acceso a la justicia de otros se desarrolle normalmente.”⁸²

Sin duda alguna esta disposición guarda gran valor para precautelar que se propongan acciones de tutela indiscriminadamente, podría llegar a usarse como ejemplo para introducir una ligera reforma en el Ecuador que contribuya a que no se presenten acciones de protección sin fundamento o de forma temeraria o maliciosa.

3.2 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA:

3.2.1 Sentencia T-209/08. Revisión de acción de tutela:

A continuación se analizará la sentencia T-209/08, (incluida en el anexo A de la presente investigación) proferida por la Corte Constitucional colombiana el 28 de febrero del 2008; en la misma que se revisa un caso sobre una acción de tutela negada en primera y segunda instancia por los jueces correspondientes en Colombia en la que se determina en la parte resolutive la obligación de indemnizar a la persona afectada.

⁸¹ MORALES ALZATE, Jhon. *La Acción de Tutela en Alemania y Colombia*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2010. Pág 27.

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-443 de 1995.

3.2.1.1 Identificación de la Providencia:

La sentencia analizada es la dictada por la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional colombiana, signada con el número T-209/08, a través de los Magistrados: Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Renetería y Manuel José Cepeda Espinoza.

3.2.1.2 Hechos Relevantes:

Interpone acción de tutela la madre de una niña de 13 años de edad que manifiesta haber sido víctima de acceso carnal violento (violación) por parte de un hombre. Como consecuencia de esta violación, la madre asegura que su hija resultó embarazada y fue contagiada de una infección de transmisión sexual, por tales motivos, afirma que su hija sufrió daños psicológicos, le resulta muy difícil conciliar el sueño e incluso trató de quitarse la vida cortándose las venas. Además afirma que la niña ha recibido amenazas por teléfono con el fin de que no contase lo ocurrido.⁸³

Esta violación fue denunciada ante la Fiscalía General de la Nación de Colombia, a través de la unidad correspondiente: centro de atención integral a víctimas de agresión sexual (CAIVAS), la misma que dentro de la investigación correspondiente ordenó, a pedido de la menor violada y su madre, la interrupción del embarazo por motivo de la violación sufrida.

La niña se encontraba afiliada al seguro de salud brindado por la empresa COOMEVA como beneficiaria de su padre; cuando se dirigió la orden de interrupción de embarazo a COOMEVA, el staff de médicos ginecológicos de esta empresa privada invocaron la objeción de conciencia

⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-209/08 de 28 de febrero de 2008. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-209-08.htm> el 05 de mayo de 2013, las 00:17.

para negarse a practicar el aborto, dirigiendo a la niña al Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta (público) para que en ese lugar se cumpla con la orden de la fiscalía.

En el Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta se pusieron algunas trabas administrativas con respecto del trámite, sus representantes indicaron que no tenían ningún tipo de vínculo contractual para la prestación de servicios con COOMEVA y que no existía una urgencia que pusiera en peligro la vida de la paciente. Finalmente entregaron un oficio firmado por todos los ginecólogos del hospital público presentando igualmente objeción de conciencia en relación con la práctica del aborto.⁸⁴

La madre de la niña (accionante), interpone la acción de tutela pues considera que al no haberse atendido la solicitud de interrupción del embarazo por parte de COOMEVA y del Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta se están violando derechos fundamentales de su hija, esto a pesar de que se ha presentado la denuncia ante la autoridad competente.

Al respecto es imprescindible mencionar que el 10 de mayo del año 2006, la Corte Constitucional Colombiana, a través de una sentencia de acción de inconstitucionalidad despenaliza el aborto cuando se configuran ciertos requisitos:

“... no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.”⁸⁵

⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-209/08 de 28 de febrero de 2008. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-209-08.htm> el 05 de mayo de 2013, las 00:17.

⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-355/06 de 10 de mayo de 2006. Extraída de <http://207.58.191.15:8180/xmlui/handle/123456789/55> el 05 de mayo de 2013, las 01:48.

Por lo tanto, la situación analizada en el presente caso se enmarcaría en el tercer caso señalado por la sentencia invocada en el párrafo anterior, esto es, cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento.

La sentencia de primera instancia correspondiente a la acción de tutela interpuesta fue dictada por el Juzgado Segundo de lo Laboral del Circuito de Cúcuta, Colombia. Negó el amparo solicitado ya que principalmente se consideró a través de las pruebas presentadas por los accionados que la fecha de la presunta violación no guardaba relación con las semanas de gestación que tenía el feto dentro del vientre de la niña, lo que conducía a determinar que el embarazo se había producido con anterioridad al acceso carnal no consentido. Además el juez a quo señaló que no existía evidencia de la existencia de graves malformaciones en el feto que pongan en riesgo su vida.

La sentencia fue impugnada por la accionante, y la competencia para resolver se radicó en la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta. La sentencia confirmó la decisión impugnada rechazando el amparo basándose en que no existe una disposición recogida en la normativa colombiana que determine qué procedimiento judicial debe seguirse en el evento de que un médico se niegue a llevar a cabo el procedimiento correspondiente a la interrupción de un embarazo.

Además se recalca que, conforme la prueba presentada se determina que el embarazo se inició con anterioridad a la violación sufrida por la niña, y que por lo tanto “si la Corte Constitucional ha establecido que cuando el embarazo es producto de un acceso carnal violento la interrupción

de aquel no es delito, ello significa que cuando se interrumpe un embarazo que no es producto de acceso carnal (violento) se está incurriendo en delito.”⁸⁶

3.2.1.3 Aspecto Jurídico Considerado:

En el presente caso se analizará el criterio utilizado por la Corte Constitucional referente a la manera de cómo se decide si es procedente o no la indemnización a favor de la accionante cuando se determine si los derechos fundamentales de su hija han sido o no vulnerados.

3.2.1.4 Partes:

En el presente caso intervienen como partes dentro del proceso:

- La niña de 13 años, como persona afectada o víctima de vulneración en sus derechos fundamentales.
- La madre de la niña como persona accionante.
- La empresa privada COOMEVA como accionada.
- El Hospital (público) Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta como accionado.

3.2.1.5 Problema Jurídico:

Las principales cuestiones a resolverse dentro del presente caso, son las de determinar el alcance de la sentencia C-355 de 2006 con respecto a la interrupción del embarazo cuando ha sido producto de una violación, delimitar el alcance de la objeción de conciencia planteada por los médicos de la empresa privada COOMEVA y del Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta, y principalmente dar una respuesta a la afectada consecuente con la determinación de

⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-209/08 de 28 de febrero de 2008. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-209-08.htm> el 05 de mayo de 2013, las 00:17.

violación de sus derechos fundamentales para analizar si es procedente o no una indemnización a su favor.

3.2.1.6 Tesis:

En una primera fase, la Corte Constitucional Colombiana determina que a través de la sentencia C-355 de 2006 se eliminó una barrera que generaba una carga inconstitucional con respecto de la mujer que era víctima de una agresión sexual, ya que el obligarla a tener un hijo en estas características afectaba sus derechos sexuales y reproductivos, así como su plan de vida.

Añade además que en el caso particular:

“... cuando la violación se presume por tratarse de una mujer menor de catorce (14) años, la exhibición de la denuncia se torna en una mera formalidad y la falta de la misma no puede ser un pretexto para dilatar la interrupción del embarazo, si la mujer solicita que se le practique el aborto.”⁸⁷

Concluye sobre este particular afirmando que la despenalización del aborto en este caso asegura que la interrupción del embarazo se produzca en condiciones seguras sin riesgo para la vida y la salud de la mujer involucrada, debe realizarse de manera oportuna, bajo una tención integral y de calidad y como referente debe ser utilizada la guía: “Aborto sin riesgo: guía técnica y de políticas para sistemas de salud” de la Organización Mundial de la Salud (2003).⁸⁸

Con respecto al análisis relativo a la objeción de conciencia invocada por los profesionales de la salud que se rehusaron a realizar el aborto solicitado por la Fiscalía General de la Nación de Colombia, la Corte vuelve a acudir a la sentencia C-355 de 2006 para delimitar su alcance, de tal forma que:

⁸⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-209/08 de 28 de febrero de 2008. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-209-08.htm> el 05 de mayo de 2013, las 00:17.

⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-209/08 de 28 de febrero de 2008. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-209-08.htm> el 05 de mayo de 2013, las 00:17.

“la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.”⁸⁹

Por lo tanto, la objeción de conciencia tiene como característica principal la de ser invocada de manera individual por médicos, cuando existan motivos de carácter religioso que les impida realizar un aborto a una mujer. Además se establece la obligación, en el caso de invocar la objeción de conciencia, de remitir inmediatamente a la madre gestante a otro profesional habilitado para realizar el procedimiento.

3.2.1.7 Resolución:

La Corte Constitucional colombiana, concluye que en el presente caso la interrupción del embarazo era totalmente procedente al tenor de lo establecido en la sentencia C-355 de 2006, ya que el acceso carnal violento del cual fue víctima la niña es el origen de su estado y se expresó su voluntad de terminar el período de gestación de manera inmediata.

Además, llama severamente la atención a los jueces de primera y segunda instancia que conocieron la acción de tutela puesto que sus fallos se basaron en la presunción de que la menor, conforme la prueba presentada, estaba embarazada con anterioridad al acceso carnal violento del

⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-355/06 de 10 de mayo de 2006. Extraída de <http://207.58.191.15:8180/xmlui/handle/123456789/55> el 05 de mayo de 2013, las 01:48.

cual fue víctima, sin considerar que al tratarse de una niña cuya edad era menor de 14 años, la violación se presumía de acuerdo al Código Penal Colombiano⁹⁰, y la denuncia se convertía en un mero formalismo para la exigibilidad de la práctica del aborto por parte de los profesionales de la salud.

Con respecto de la objeción de conciencia invocada por los profesionales de la salud que forman parte de la empresa privada de seguros COOMEVA, así como del hospital (público) Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta, se la declara vulneradora de derechos fundamentales de la afectada, puesto que no se la tomó individualmente, sino en consenso y como una decisión corporativa o administrativa, además de que jamás se cumplió con la obligación de remitir inmediatamente a la madre gestante a otro profesional habilitado para realizar el procedimiento, sino que se limitaron en sugerir o redireccionar a la afectada a otras casas de salud para probar una especie de suerte al respecto de sus intereses.

Toma vital importancia para los efectos de la presente investigación, analizar las consideraciones relativas a la indemnización en el presente caso adoptadas por la Corte Constitucional Colombiana, ya que en el momento de adoptar la decisión se asumió, a través de un simple cálculo matemático, que el parto de la menor ya había ocurrido, por lo que no era posible garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales de la afectada, ordenando que las cosas vuelvan al estado anterior a la vulneración⁹¹

En tal sentido, se observó si el caso concreto cumplía con los requisitos para la procedencia de la indemnización en abstracto, para lo cual se determinó que:

⁹⁰ LEY 599 DE 2000, Código Penal Colombiano. Artículo 208.

⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-209/08 de 28 de febrero de 2008. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-209-08.htm> el 05 de mayo de 2013, las 00:17.

La menor fue afectada de manera manifiesta en sus derechos fundamentales.

La vulneración fue consecuencia de una acción clara y arbitraria.

La menor no disponía de otro medio de defensa judicial para solicitar los perjuicios que le causaron por negársele el acceso al servicio legal de interrupción de embarazo que solicitó, a pesar de que cumplió con los requisitos establecidos en la sentencia C-255 de 2006.

De tal forma que, entre los puntos más sobresalientes, la Corte Constitucional Colombiana resolvió:

“Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el veinte de abril de 2007 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, por medio de la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la señora xxx en representación de la menor, así como la sentencia proferida el siete de mayo de 2007 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, por medio de la cual se confirmó la decisión de primera instancia.

Segundo.- Condenar en abstracto a Coomeva EPS, y solidariamente a las IPS de su red, y a los profesionales de la salud que atendieron el caso y no obraron de conformidad con sus obligaciones, a pagar los perjuicios causados a la menor, por la violación de sus derechos fundamentales.

La liquidación de la misma se hará por el juez del circuito administrativo de Cúcuta – reparto-, por el trámite incidental, el que deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, y deberá ser decidido en el término de los seis (6) meses siguientes, para lo cual, la Secretaría General de esta corporación remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en esta tutela a la Oficina Judicial respectiva. El juez del circuito administrativo a quien corresponda fallar el presente incidente, remitirá copia de la decisión de fondo a este Despacho.

Una vez liquidada la condena, COOMEVA EPS deberá proceder al pago total de la obligación, y posteriormente, de conformidad con las reglas de la solidaridad, podrá repetir contra las IPS de su red y los médicos vinculados a las mismas que atendieron el caso y negaron el procedimiento de IVE. El juez del circuito administrativo a quien corresponda fallar el presente incidente, remitirá copia de la decisión de fondo a este Despacho. (...)

Cuarto.- Disponer que la Procuraduría General de la Nación vigile el trámite del incidente de regulación de perjuicios dispuesto en el numeral segundo, para lo cual, la Secretaría General de esta corporación remitirá copia de esta providencia y de lo actuado en esta tutela.”⁹²

⁹² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-209/08 de 28 de febrero de 2008. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-209-08.htm> el 05 de mayo de 2013, las 00:17.

Se puede visualizar que a través de la sentencia se condena a la empresa privada prestadora de servicios de salud COOMEVA al pago de los perjuicios causados a la menor, y además se resuelve que solidariamente son igual de responsables los Hospitales, Clínicas y Centros de Salud que se negaron a proceder con la interrupción del embarazo de la niña, así como de todos los médicos que se rehusaron invocando la objeción de conciencia.

El inicio del proceso para la determinación y liquidación del monto de dinero que deberá pagarse a favor de la afectada deberá ser iniciado dentro de un plazo máximo de 10 días contados a partir de la comunicación respectiva, y debe ser resuelto en un plazo máximo de 6 meses; para el control de esta disposición se ordena que el juez que sustancie y resuelva este procedimiento envíe al finalizar copias de la decisión de fondo a la Corte Constitucional, y además dispone que la Procuraduría General de la Nación vigile el trámite del incidente de regulación de perjuicios.

Se puede afirmar que la decisión de la Corte Constitucional Colombiana, amparada en la propia Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, artículo 25, aplica los principios de concentración y celeridad, y guarda armonía con la naturaleza de la acción de tutela, como una garantía rápida y sencilla para la protección de los derechos fundamentales de las personas.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE PROCEDIMIENTO PARA DETERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE REPARACIÓN ECONÓMICA

4.1 IMPOSIBILIDAD DE INAPLICAR LA DISPOSICIÓN CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN “DE OFICIO” POR PARTE DE JUEZAS Y JUECES:

Como se ha analizado a lo largo del presente trabajo investigativo, el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es incompatible con algunas disposiciones constitucionales ya mencionadas; lamentablemente, el juez constitucional de instancia y el juez constitucional superior en el momento en que se encuentren resolviendo una acción de protección, entre otras garantías jurisdiccionales, se encuentran imposibilitados de inaplicar el mencionado artículo a pesar de que lo consideren contradictorio a nuestra Carta Magna de acuerdo a lo establecido en la sentencia No. 55-10-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional para el período de transición del Ecuador, en la parte principal se determina:

“La regla constitucional es clara. En el evento de que los señores Jueces de la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha hayan constatado una eventual contradicción de la norma respecto de la Constitución, debieron

suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional (...).

En definitiva, esta Corte deja en claro que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428 de la Constitución de la República vigente, y a diferencia del control constitucional difuso previsto en la Constitución Política de 1998, los jueces están vedados para inaplicar normas jurídicas y continuar con la sustanciación de la causa, circunstancia que se ha generado en el caso sub iudice”.⁹³

De esta forma, dentro de las esferas de su competencia, la Corte Constitucional interpretó al artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador que dispone:

“Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.”⁹⁴

La jueza o el juez que considere que carece de constitucionalidad la disposición que determina la obligación de inicio a un juicio diferente y extenso para poder reparar integralmente, a través de la reparación económica, a una víctima de violaciones a sus derechos fundamentales por un particular o por el propio Estado, se encuentra atada de manos y no puede inaplicar lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sino que debe elevar en consulta la inconstitucionalidad de la norma considerada de manera razonable y motivada; esta aseveración se encuentra respaldada por el pronunciamiento de la Corte Constitucional del Ecuador, que en sentencia No. 001-13-SCN-CC de 06 de febrero de 2013 determina también que:

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN DEL ECUADOR. Sentencia No. 55-10-SEP-CC de 18 de noviembre de 2010. Publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 359 de 10 de enero de 2011.

⁹⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicada en el Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, Artículo 428.

“En el Ecuador existe únicamente el control concreto de constitucionalidad, por lo que le corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez. De este modo, si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución, siempre deben consultar a la Corte Constitucional para que sea esta la que se pronuncie respecto a su constitucionalidad. Bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, un juez podrá inaplicarla directamente dentro del caso concreto, pues siempre debe, necesariamente, elevar en consulta ante la Corte.”⁹⁵

4.2 POSIBLES SOLUCIONES CON RESPECTO DE LA INCOMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL DETERMINADA:

Al respecto, el autor de la presente investigación considera que como acciones a seguirse para resolver el problema jurídico con respecto de la incompatibilidad del artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional con respecto de la Constitución de la República de Ecuador, las salidas que se muestran como más acertadas son las enmarcadas dentro del control concreto y abstracto de constitucionalidad recogidos en la propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El control de constitucionalidad consiste en “el mecanismo jurídico por el cual se establece el aseguramiento y cumplimiento de las normas constitucionales, se invalidan las normas legales de rango inferior, que no hayan sido dictadas de conformidad con aquellas”⁹⁶

Por lo tanto es procedente afirmar que este mecanismo es el que podría presentar respuestas más breves y eficientes, conforme lo establecido en los artículos 74 y 141 de la Ley Orgánica de

⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia No. 001-13-SCN-CC de 06 de febrero de 2013. Recuperado de <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php> el 07 de mayo de 2013, las 10:25.

⁹⁶ PÉREZ, Fernanda. *Control de Constitucionalidad*. Editorial. México. Pág 478.

Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que hablan acerca de los mecanismos de control abstracto y concreto de constitucionalidad respectivamente.

4.2.1 Control Concreto de Constitucionalidad:

El artículo 141 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional desarrolla el contenido del texto incluido en el artículo 428 de la Constitución al determinar la finalidad del Control Concreto de Constitucionalidad:

“Art. 141.- Finalidad y objeto del control concreto de constitucionalidad.- El control concreto tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales.

Los jueces aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.”⁹⁷

Se transforma de esta manera en el mecanismo mediante el cual las juezas y jueces, ante duda sobre la constitucionalidad de cualquier disposición jurídica dentro de un proceso judicial, podrán esclarecer la incompatibilidad o no de la normativa vigente con respecto de la Carta Fundamental. En relación a lo manifestado José Miguel Vélez aporta:

“Este artículo contiene la esencia misma de lo que constituye el Control Concreto de Constitucionalidad, en el Derecho Constitucional Ecuatoriano, pues resalta su objetivo fundamental, que es “garantizar de manera idónea y eficaz la auténtica constitucionalidad de las disposiciones jurídicas y su aplicación efectiva, en todos los procesos judiciales”. Así también destaca a uno de los personajes más importantes de esta institución, como son los jueces, quienes tienen la obligación de velar por la efectiva aplicación de los derechos y las garantías constitucionales, en las disposiciones jurídicas de menor jerarquía, aplicadas en los procesos judiciales.”⁹⁸

⁹⁷ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 141.

⁹⁸ VÉLEZ, José Miguel. *El Control Concreto de Constitucionalidad*. Pág. 55. Recuperado de http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-5/19_a_76.pdf el 10 de mayo de 2013, las 13:05.

El artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la parte pertinente, nos indica por su parte cuál es el procedimiento para acceder a que la Corte Constitucional realice este control concreto de constitucionalidad:

“Art. 142.- Procedimiento.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma...”⁹⁹

Para los efectos del presente trabajo investigativo es pertinente aseverar que en el caso de que una jueza o juez constitucional de instancia o que pertenezca a una de las salas especializadas de las Cortes Provinciales del Ecuador, en el momento que resuelva una acción de protección señalando que efectivamente se violaron uno o más derechos fundamentales de una determinada persona, llegase a considerar, de oficio o motivado por una petición de parte, que el procedimiento establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, correspondiente para determinar y liquidar la cantidad de dinero que servirá para reparar económicamente al afectado dentro de la garantía jurisdiccional, contraría disposiciones establecidas en la Constitución de la República del Ecuador, tiene la obligación suspender la tramitación de la acción y de elevar en consulta hacia la Corte Constitucional el problema jurídico para que en el plazo de 45 días se resuelva sobre la procedencia o no de la consulta, y se determine si la normativa consultada guarda armonía con la Constitución. Cabe mencionar que esta consulta debe ser planteada únicamente cuando existe una duda motivada y

⁹⁹ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 142, incisos primero y segundo.

razonable sobre la constitucionalidad de una norma, para lo cual los jueces deberán detalladamente explicar a la Corte Constitucional cuáles son los artículos constitucionales que se están inobservando por la normativa consultada.¹⁰⁰

4.2.2 Control Abstracto de Constitucionalidad:

El segundo mecanismo idóneo para declarar contrario a la Constitución al artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es la acción pública de inconstitucionalidad que se encuentra enmarcada en el control abstracto de constitucionalidad, al respecto:

“Art. 74.- Finalidad.- El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.”¹⁰¹

Por lo tanto, el objetivo de este tipo de control constitucional es en primer lugar identificar, para posteriormente eliminar las incompatibilidades de normas frente a la Constitución, que en el caso particular puede ser ejercido a través de la acción pública de inconstitucionalidad, cuya resolución es competencia de la Corte Constitucional como lo establece el artículo 436 de la Constitución:

“Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: (...)

2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia No. 001-13-SCN-CC de 06 de febrero de 2013. Recuperado de <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php> el 07 de mayo de 2013, las 10:25.

¹⁰¹ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 74.

del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado...”¹⁰²

Desarrollado igualmente, por el artículo 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

“Art. 98.- Regla general.- La acción pública de inconstitucionalidad podrá ser propuesta por cualquier persona.

La Corte Constitucional conocerá sobre las acciones de inconstitucionalidad respecto de cualquier acto normativo de carácter general y de cualquier acto administrativo con efectos generales, de conformidad con las normas establecidas en el capítulo anterior.”¹⁰³
De los artículos citados, se desprende que este tipo de control constitucional, ejercido mediante una acción pública de inconstitucionalidad, tiene un efecto preventivo; en otras palabras, no se ha suscitado un conflicto entre dos personas del cual se manifieste una disposición contraria a la Constitución que podría llegar a afectar a una de las partes. La Corte Constitucional deberá simplemente declarar como inconstitucional o no la normativa impugnada.

“El control abstracto puede preverse como un control de carácter preventivo o *a priori*, lo cual es posible en virtud del principio de supremacía de la Constitución frente a las leyes. Se trata de un control directo, ya que la norma fundamental establece un autocontrol, circunscribiendo la actuación de los órganos públicos a la esfera competencial preestablecida con el fin de evitar conflictos normativos o limitaciones excesivas de los derechos fundamentales.”¹⁰⁴

En conclusión, enmarcando dentro de lo planteado en el presente trabajo de investigación, se deduce que otra vía eficiente para expulsar del ordenamiento al artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es la acción pública de inconstitucionalidad, que puede ser planteada por cualquier persona para precautelar que este artículo siga siendo

¹⁰² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicada en el Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, Artículo 436, numeral segundo.

¹⁰³ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 98.

¹⁰⁴ HUERTA OCHOA, Carla. *La acción de inconstitucionalidad como control abstracto ante conflictos normativos*. Pág. 936. Recuperado de <http://www.biblioteca.org.ar/libros/90956.pdf> el 10 de mayo de 2013, a las 17:29

aplicado y siga afectando a un sinnúmero de personas afectadas por violaciones a sus derechos fundamentales de parte de particulares o el propio Estado.

4.2.3 Efectos de las sentencias de control concreto y abstracto de constitucionalidad:

Indistintamente de la manera en que se solicite a la Corte Constitucional analice las contradicciones con respecto de la Constitución contenidas en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional correspondiente a la reparación económica; si la sentencia emitida por el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia¹⁰⁵ llegase a determinar que efectivamente las disposiciones impugnadas son incompatibles con la Carta Fundamental, se producirían los siguientes efectos al tenor de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en los siguientes artículos:

“Art. 143.- Efectos del fallo **de consulta de control concreto de constitucionalidad**.- El fallo de la Corte Constitucional tendrá los siguientes efectos:

1. Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad.
2. Cuando se pronuncie únicamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, el fallo tendrá efectos entre las partes y para casos análogos. Para tal efecto, se deberá definir con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión, para que hacia el futuro las mismas hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, sin perjuicio de que otras hipótesis produzcan el mismo resultado.”¹⁰⁶ (las negrillas no son del texto)

“Art. 96.- Efectos del control de constitucionalidad.- Las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada, en virtud de lo cual:

¹⁰⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicada en el Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, Artículo 429, inciso primero.

¹⁰⁶ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 143.

1. Ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la disposición jurídica declarada inconstitucional por razones de fondo, mientras subsista el fundamento de la sentencia.
2. Cuando la sentencia que desecha la demanda de inconstitucionalidad ha estado precedida de control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado, mientras subsista el fundamento de la sentencia.
3. Cuando la sentencia no ha estado precedida de un control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado con fundamento en los cargos analizados en la sentencia, mientras subsista el fundamento del juicio de constitucionalidad.
4. Las sentencias producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales.”¹⁰⁷

En un primer lugar se conseguiría que ninguna autoridad pública pueda aplicar el contenido del artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y así se evitarían las violaciones a disposiciones constitucionales específicas sobre la acción de protección y de igual forma los atropellos sobre los principios de concentración y celeridad procesal establecidos en la norma suprema y demás leyes.

En atención al numeral 4 del artículo 96 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con el artículo 143 íbidem, de manera excepcional se puede retrotraer la inaplicabilidad del proceso largo y tedioso de reparación integral en cualquier garantía jurisdiccional a las acciones en las que se haya dispuesto se proceda conforme el artículo declarado inconstitucional que todavía se encuentren sustanciándose; esta aseveración podría materializarse si en la sentencia emitida por la Corte Constitucional se determine que la retroactividad es necesaria para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos de las personas afectadas; tesis que el autor de la presente investigación considera totalmente factible.

¹⁰⁷ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 96.

4.3 PROPUESTA DE LEY REFORMATORIA:

Sin perjuicio de que se llegase o no a expulsar el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a través del control de constitucionalidad, se estima necesario plantear una reforma legal con el fin de que las disposiciones referentes a la reparación económica dentro de la acción de protección sean armoniosas con su propia naturaleza.

La propuesta de ley reformativa, al tenor del artículo 134 de la Constitución de la República del Ecuador, podría ser presentada por cualquier ciudadano siempre y cuando se encuentre en pleno goce de sus derechos políticos y cuente con el apoyo de por lo menos el 0.25% del padrón electoral nacional; sin embargo, la propuesta de ley reformativa podrá ser emanada por la propia Corte Constitucional, al respecto:

“Art. 134.- La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde: (...)

4. A la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública en las materias que les corresponda de acuerdo con sus atribuciones.

5. A las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional.

6. Quienes presenten proyectos de ley de acuerdo con estas disposiciones podrán participar en su debate, personalmente o por medio de sus delegados.”¹⁰⁸

De esta manera queda expedita la vía para la siguiente propuesta de normativa, haciendo notar que la participación en el debate del proyecto de ley está facultado para las personas involucradas, consolidándose así una participación directa en la explicación de la problemática existente.

¹⁰⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicada en el Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, Artículo 134, numerales 4to, 5to y 6to.

4.3.1 Propuesta de plazos y procedimiento para resolver monto de reparación económica mediante juicio verbal sumario frente a un particular:

En el capítulo segundo de la presente investigación, se analizó la problemática existente en la aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en lo que respecta a reparación económica, relativa a la incompatibilidad con la Constitución, cuando la violación del derecho fundamental de la persona afectada proviene por parte de un particular; para lo cual se propone como disposición referente a este particular la siguiente, considerando la naturaleza de la acción de protección y respetando los principios procesales de celeridad y concentración establecidos en la Constitución y demás leyes:

“Art. (x).- Reparación económica por violaciones a derechos fundamentales provenientes de particulares: Cuando la reparación integral del derecho implique el pago en dinero al afectado, la sentencia que declare vulnerados uno o más de sus derechos reconocidos en la Constitución o en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, por parte de uno o más particulares, deberá ordenar se inicie con el procedimiento especial para determinar y liquidar la cantidad de dinero que recibirá la persona afectada.

Este procedimiento deberá sustanciarse ante el mismo juez que declaró la vulneración de derechos fundamentales proveniente de uno o más particulares, y no podrá exceder del plazo perentorio de tres (3) meses para su resolución definitiva bajo prevención a los servidores judiciales de recaer en falta gravísima en el caso de no cumplir con el plazo establecido.

De la resolución que determine la cantidad de dinero a pagar a favor del afectado cabrán los recursos de apelación y casación conforme lo establecido en los siguientes artículos, además de los permitidos por el ordenamiento legal vigente.”

Con la implementación del artículo redactado, se pueden observar plenamente que existen mejoras sustanciales con respecto del artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en primer lugar, se determina el plazo de tres meses para determinar y liquidar la cantidad de dinero que se deberá pagar a favor del afectado, en consideración del principio de celeridad, y principalmente considerando que los derechos fundamentales declarados como violados por el mismo juez deben ser reparados a la brevedad posible respetando siempre el debido proceso.

En segundo lugar se advierte a los servidores judiciales, administrativos o jurisdiccionales, que en el caso de no cumplir con el plazo establecido por el artículo, recaerán en falta gravísima, que deberá ser declarada por el Consejo de la Judicatura, a través de las Direcciones Provinciales correspondientes luego del respectivo sumario.

Finalmente, se mantiene la disposición que faculta interponer los recursos permitidos por la ley, respetando el literal m) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución que garantiza:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...)

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos...”¹⁰⁹

¹⁰⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicada en el Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, Artículo 76, numeral 7, literal m).

Sin embargo en los artículos siguientes se desarrollan los procedimientos a seguirse dentro del procedimiento especial que se iniciará para la determinación de la cantidad de dinero que recibirá la persona afectada por concepto de reparación económica

“Art. (x).- Procedimiento: La orden de inicio de procedimiento especial para determinar y liquidar la cantidad de dinero que recibirá el afectado por violación a sus derechos fundamentales deberá incluir el señalamiento de día y hora para que se lleve a cabo la audiencia de conciliación, que deberá ser convocada en un plazo no mayor a diez (10) días.”

Se simplifican considerablemente los tiempos en la resolución de esta determinación y liquidación de dinero, si en la misma sentencia que declara la vulneración de derechos fundamentales, se señala el día y hora para que se lleve a cabo la audiencia de conciliación, como se puede apreciar, este procedimiento puede albergar cierta simpleza ya que el mismo juez que conoció la acción de protección es el que determinará la reparación económica.

“Art. (x).- Rebeldía: De no concurrir el afectado o el accionado la audiencia de conciliación se procederá en rebeldía; para los efectos de la audiencia no es necesaria la presencia del accionante en el caso de que no sea la misma persona que el afectado.”

“Art. (x).- Audiencia de conciliación: En la audiencia se procurará que la persona afectada llegue a un acuerdo con la persona accionada con respecto de lo que considera una cantidad de dinero justa que repare integralmente el daño sufrido. De obtenerse la conciliación quedará concluido el procedimiento y no cabrá recurso alguno con respecto del acuerdo.”

“Art. (x).- Negativa: De no llegar a un acuerdo, la jueza o el juez realizará la determinación o liquidación en la misma audiencia. Podrá asesorarse por un perito en caso de requerirlo, para lo

cual dejará notificadas a las partes sobre la reanudación de la audiencia en un plazo que no podrá exceder de tres (3) días.”

“**Art. (x).- Prueba:** En el caso de que no exista acuerdo entre las partes, no existieren bases para la determinación, y se hubieren alegado hechos que debieran justificarse, la jueza o el juez, dentro de la audiencia de conciliación, abrirá la causa por un término de seis (6) días.

Concluido el término de prueba, la jueza o el juez dictarán sentencia, dentro de cinco (5) días.”

“**Apelación (x):** Las partes podrán apelar la decisión que determina la cantidad de dinero a pagarse a favor del afectado por concepto de reparación económica, conforme lo establecido en el artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.”

Se puede visualizar a través del detalle de este procedimiento, que el mismo guarda absoluta relación con la naturaleza de una acción de protección, esto es, genera una respuesta inmediata de parte de los operadores de justicia de tal forma que nace dentro de los actores de este proceso, un sentimiento de confianza y preocupación inminente por parte del Estado respecto del conflicto constitucional puesto a su consideración.

4.3.2 Propuesta de plazos y procedimiento para resolver monto de reparación económica a través de la jurisdicción contencioso administrativa frente al estado:

De igual manera, dentro del capítulo segundo de la presente investigación se analizó la problemática existente en la aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en lo que respecta a reparación económica, relativa a la incompatibilidad con la Constitución y vacío legal existente, cuando la violación del derecho fundamental de la persona afectada proviene por parte del

Estado; indiscutiblemente, la circunstancia en que el proceso deba cambiar de judicatura para su resolución definitiva implica una dificultad adicional para obtener una reparación breve, sin embargo ciertas particularidades de la jurisdicción contencioso administrativa recortan los tiempos, principalmente en lo que respecta a la interposición de recursos. Se proponen los siguientes artículos:

“Art. (x).- Reparación económica por violaciones a derechos fundamentales provenientes del Estado: Cuando la reparación integral del derecho implique el pago en dinero al afectado, la sentencia que declare vulnerados uno o más de sus derechos reconocidos en la Constitución o en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, por parte de una o más autoridades públicas no judiciales, deberá ordenar se inicie con el procedimiento especial para determinar y liquidar la cantidad de dinero que recibirá la persona afectada.

Este procedimiento deberá sustanciarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, y no podrá exceder del plazo perentorio de cuatro (4) meses para su resolución definitiva bajo prevención a los servidores judiciales de recaer en falta gravísima en el caso de no cumplir con el plazo establecido.

De la resolución que determine la cantidad de dinero a pagar a favor del afectado cabrán los recursos de correspondientes conforme lo establecido en los siguientes artículos, además de los permitidos por el ordenamiento legal vigente.”

El artículo precedente se lo redacta en este sentido, ya que la jurisdicción de lo contencioso administrativa, de acuerdo al Código Orgánico de la Función Judicial, es la competente para conocer sobre indemnizaciones en las que está involucrada el Estado a través de sus distintas autoridades.

Se puede apreciar que además se incrementa en un mes el plazo para la resolución definitiva de la determinación y liquidación del monto a pagarse a favor del afectado, ya que de forma evidente, la jueza o el juez perteneciente a la jurisdicción contencioso administrativa no conoció desde el inicio la acción de protección, para lo que necesitará tiempo adicional para resolver lo relativo a la reparación económica.

“Art. (x).- Procedimiento: La orden de inicio de procedimiento especial para determinar y liquidar la cantidad de dinero que recibirá el afectado por violación a sus derechos fundamentales por parte del Estado deberá incluir la disposición de remitir inmediatamente el expediente a una de las Salas de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial de Justicia correspondiente.

Si existe más de una Sala de lo Contencioso Administrativo en la Corte Provincial correspondiente la competencia se radicará por sorteo.

La providencia mediante la cual las juezas o jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial de Justicia avoquen conocimiento de la causa deberá contener además:

1. El día y hora en el que se llevará a cabo la audiencia de determinación de reparación económica, que no podrá exceder de diez (10) días desde que se avocó conocimiento de la causa.
2. La disposición de que las partes presenten los elementos probatorios para determinar el valor real de los daños causados, cuando las juezas o jueces lo consideren necesario.”

A través de este artículo se puede apreciar la rapidez con la que se puede instaurar este procedimiento, en primer lugar se obliga a la jueza o juez que declaró la vulneración de derechos fundamentales del afectado que en su sentencia disponga la remisión del expediente, de manera

inmediata, a una de las Salas de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la provincia donde se produjo el fallo inicial.

Se acelera el proceso de igual manera, al otorgar el plazo de diez días a las juezas y jueces de las Salas de la jurisdicción Contencioso Administrativa para que la audiencia de determinación de reparación económica se lleve a cabo, esto en protección de los principios de celeridad y concentración vigentes en nuestro ordenamiento legal.

Cabe mencionar, que de acuerdo al artículo 216 del Código Orgánico de la Función Judicial, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo desaparecen, para dar paso a Salas Especializadas de lo Contencioso Administrativo en las Cortes Provinciales. A pesar de que las últimas no se han formalizado, se considera necesario detallar que con el fin de guardar armonía con el ordenamiento legal, se ha tomado en cuenta la disposición referida para proponer el artículo precedente.

“Art. (x).- Audiencia de determinación de reparación económica: Las juezas y jueces pertenecientes a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial de Justicia correspondiente realizará la determinación o liquidación en la misma audiencia. Podrá asesorarse por un perito en caso de requerirlo, para lo cual dejará notificadas a las partes sobre la reanudación de la audiencia en un plazo que no podrá exceder de cinco (5) días.”

“Art. (x).- Prueba: En el caso de que no existieren bases para la determinación, y se hubieren alegado hechos que debieran justificarse, las juezas o jueces, dentro de la audiencia de conciliación, abrirán la causa por un término de seis (6) días.

Concluido el término de prueba, la juezas o el juez dictarán sentencia, dentro de diez (10) días.”

A través de estos artículos, a diferencia de la reparación económica proveniente de particulares, podemos constatar que en primer lugar no existe audiencia de conciliación por la propia naturaleza del procedimiento en el que el afectado enfrenta al Estado representado por sus autoridades. Se puede apreciar que de igual manera se extienden los plazos de resolución en algunos días debido a la consideración expuesta previamente (los jueces contencioso-administrativos no tenían conocimiento previo de ninguna de las circunstancias relativas a los hechos que afectaron derechos constitucionales).

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES:

- La reparación económica dentro de la acción de protección ecuatoriana es una figura proveniente del Derecho Internacional de Derechos Humanos, su fin es el de remediar los daños causados provenientes de la vulneración de uno o más derechos reconocidos en la Constitución o en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Ecuador.
- Las disposiciones emanadas para hacer efectiva la reparación económica, al tenor de lo establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no guardan armonía con la naturaleza de la acción de protección ecuatoriana ya que dilatan el proceso al obligar a las partes a someterse a un nuevo juicio de conocimiento para determinar y recibir cualquier monto de dinero como resultado de la afectación a los derechos fundamentales de las personas.
- El artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, además de no guardar armonía con la naturaleza de la acción de protección, contradice

disposiciones establecidas en el artículo 86 de la Constitución, al igual que inobserva los principios de celeridad y contradicción determinados en la propia Carta Fundamental así como en leyes orgánicas y ordinarias.

- El método de indemnización económica establecido en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, es una disposición existente en Colombia que delimita el procedimiento para reparar a víctimas de violaciones a derechos fundamentales declarados por sentencia en una acción de tutela (garantía jurisdiccional colombiana análoga a la acción de protección ecuatoriana). Este artículo presenta un importante avance con respecto de nuestra reparación económica al señalar un plazo de tiempo máximo para las juezas y jueces para la resolución de la determinación y liquidación de la cantidad dinero que recibirá el afectado por la vulneración de su derecho fundamental.

- La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no especifica los procedimientos para sustanciar los juicios de reparación económica dentro de las garantías jurisdiccionales, ante el mismo juez o ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo que produce un vacío legal que tiende a dilatar los procesos excesivamente, generando así que las víctimas a violaciones de sus derechos fundamentales, a pesar de que exista una resolución firme que diga que determinada persona particular o el propio Estado vulneró sus derechos, no puedan acceder efectivamente a la reparación integral, generándose nuevamente una afectación a su calidad de vida.

5.2 RECOMENDACIONES:

- Se puede presentar una acción pública de inconstitucionalidad a consideración de la Corte Constitucional, al tenor de lo establecido en el artículo 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, destinada a eliminar del ordenamiento jurídico la

disposición establecida en el artículo 19 de la misma ley, ya que demuestra total incompatibilidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución del Ecuador, así como contraría los principios de celeridad y concentración establecidos en la propia Carta Magna.

- Las personas cuyos derechos constitucionales o reconocidos en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos hayan sido declarados como violados en sentencia de acción de protección y que se encuentren actualmente en medio del juicio que determinará la cantidad de dinero que deberán recibir por concepto de reparación económica, podrán presentar a la jueza o juez que sustancia este juicio una petición fundamentada que motive se eleve una consulta, ante la Corte Constitucional, sobre la constitucionalidad de la aplicación del artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. De considerarlo pertinente, la Corte Constitucional puede declarar inconstitucional el artículo mencionado e incluso ordenar la retroactividad de sus efectos, con el fin de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas.

- Declarado inconstitucional o no el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cualquier persona, o la propia Corte Constitucional puede proponer una ley reformativa ante la Asamblea Nacional con dos fines, el primero es el de armonizar las disposiciones relativas a la reparación económica con la Constitución del Ecuador, y el segundo es el de rellenar el vacío legal existente que corresponde a la falta de procedimiento detallado para avanzar de manera eficaz y oportuna con el procedimiento de determinación y liquidación del monto de dinero que recibirá el afectado ante el propio juez que dictó sentencia en la acción de protección o ante la jurisdicción contencioso administrativa.

- La reforma al artículo relativo a la reparación económica dentro de la acción de protección podría incluir además una disposición mediante la cual la jueza o el juez, en caso de estimarlo pertinente, podrá condenar en costas al accionante cuando considere que la presentación de la demanda de acción de protección ha sido realizada de forma maliciosa o temeraria, así se reducirá la interposición de acciones cuyos fines no son los constitucionalmente, legalmente y moralmente reconocidos.

BIBLIOGRAFÍA:

- ANDINO REINOSO, Wilson. *La acción Ordinaria de Protección en el Derecho Constitucional*. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito. 2011.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. “Del amparo a la acción de protección jurisdiccional” en MARTÍNEZ MOLINA, Dunia. *Genealogía de la Justicia Constitucional Ecuatoriana*. Centro de Estudio y Difusión del Derecho Constitucional. Quito. 2011.
- BOTERO MARINO, Catalina. *Manual de Constitución y Democracia*. Ediciones UNIANDES. Bogotá. 2011
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 2011. Tomo IV.
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel. *La Protección Constitucional del Ciudadano*. CIEDLA. Buenos Aires. 1999
- CORDERO HEREDIA, David. ¿Al fin una garantía jurisdiccional que funciona? Análisis de la acción constitucional de protección. INREDH. Quito. 2009.
- CUEVA CARRIÓN, Luis. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. Ediciones Cueva Carrión. Quito. 2010.
- FRAY MURCIA FLORIAN, Jorge. *Educación en Valores y Derechos Humanos*. ARFO Editores e impresores. Bogotá. 2001.
- GARCÍA FALCONÍ, José. *La demanda civil de daños y perjuicios y daño moral con responsabilidad subjetiva en contra de jueces, fiscales y defensores públicos*. Editorial La Justicia. Quito. 2010.
- GASCÓN ABELLÁN, María y GARCÍA FIGUEROA, Alonso. *La Argumentación en Derecho*. Editorial Palestra, Lima, 2005.
- GORDILLO GUZMÁN, David. *La limitación de la Acción de Protección contra decisiones judiciales y su incidencia en la indefensión*. Editorial Work House Procesal. Quito. 2010.
- HUERTA OCHOA, Carla. *La acción de inconstitucionalidad como control abstracto ante conflictos normativos*. Recuperado de <http://www.biblioteca.org.ar/libros/90956.pdf>

- LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio. *La acción de grupo. Reparación por violación a derechos humanos*. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario. 2011.
- MARTIN BERISTAIN, Carlos. *Diálogos sobre reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito. 2009.
- MORALES ALZATE, Jhon. *La Acción de Tutela en Alemania y Colombia*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2010.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Principales Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos*. s/n año.
- OTTO, Ignacio de. *Derecho Constitucional y sistema de fuentes*. Editorial Ariel. Barcelona. 1989.
- PÉREZ, Fernanda. *Control de Constitucionalidad*. Editorial ABC. México. s/n año.
- POLO CABEZAS, María Fernanda. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 1. Garantías Constitucionales en Ecuador*. Quito. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. 2011.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Recuperado de <http://www.academia.org.mx/rae.php>
- SALMÓN ALVEAR, Carlos. *Régimen Procesal en el Amparo Constitucional en el Ecuador*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Guayaquil. 1999. Pág. 24.
- TOBO RODRIGUEZ, Javier. *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. S/n año.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Santiago. *Manual de Derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano*. Editorial Edino. Guayaquil. 2010.
- VÉLEZ, José Miguel. *El Control Concreto de Constitucionalidad*. Recuperado de http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-5/19_a_76.pdf
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco. *La acción de indemnización por error judicial. Reforma constitucional y regulación infraconstitucional*. Editorial KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG. Uruguay.

Fuentes Normativas

- CÓDIGO CIVIL (LIBRO IV). Codificación 10. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Codificación 11. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio del 2005
- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 544 de 09 de marzo de 2009.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Artículo 86, Recuperado de <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista19/documentos/Constitucioncolombia.pdf>
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicada en el Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicada en el Registro Oficial 1, de 11 de Agosto de 1998.
- DECRETO 2591 DE 1991, Publicado en Colombia en el Diario Oficial No. 40.165 del 19 de noviembre de 1991.
- LEY 599 DE 2000, Código Penal Colombiano.
- LEY DE CASACIÓN, Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 299 de 24 de marzo de 2004.
- LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

Fuentes Jurisprudenciales

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-443 de 1995.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-209/08 de 28 de febrero de 2008. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-209-08.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-355/06 de 10 de mayo de 2006. Extraída de <http://207.58.191.15:8180/xmlui/handle/123456789/55>
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia No. 001-13-SCN-CC de 06 de febrero de 2013. Recuperado de <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>

- CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN DEL ECUADOR. Sentencia No. 55-10-SEP-CC de 18 de noviembre de 2010. Publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 359 de 10 de enero de 2011.