

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

COMITÉ DE INVESTIGACIONES

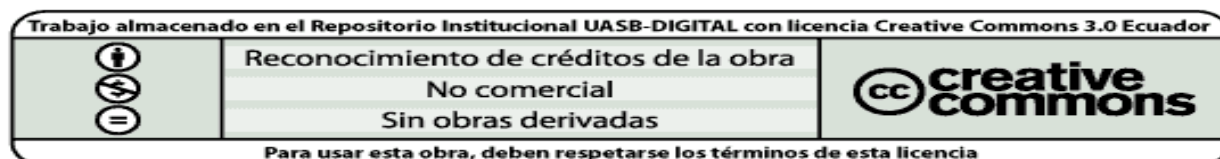
INFORME DE INVESTIGACIÓN

**Eficacia de las Garantías Constitucionales Normativas y
Jurisdiccionales en Ecuador en el 2010**

Ramiro Avila y Agustin Grijalva

Quito – Ecuador

2011



ABSTRACT

La investigación se concentra en la producción legislativa en el 2010 Y dentro de ella a algunas de las leyes, que se consideran relevantes para el ejercicio de derechos. Por otro lado, muy brevemente se especifica, como información que debe ser compartida y conocida, normativa relevante para los derechos humanos y tratados internacionales que han sido ratificados por el estado ecuatoriano. Luego se exponen observaciones generales sobre el proceso legislativo. Una segunda sección del informe relativa a garantías jurisdiccionales estudia el funcionamiento de las mismas en base al análisis estadístico de 1815 procesos constitucionales en la provincia de Pichincha de Enero a Octubre del 2010. Los resultados tanto respecto a las garantías normativas como en a jurisdiccionales arrojan, pese a ciertos avances, un claro déficit en la eficacia de estas garantías, en contraste con la importancia que formalmente les da la Constitución del 2008.

Palabras Clave: Garantías, Garantías normativas, Garantías Jurisdiccionales, Derechos constitucionales, acción de protección, habeas corpus, habeas data.

DATOS DE LOS AUTORES

Ramiro Ávila: Profesor agregado de la UASB. Doctor en Jurisprudencia PUCE. Master en Derecho por Columbia University, New York. Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Fue subsecretaria de Coordinación Jurídica del Ministerio de Justicia. Autores de diversas publicaciones sobre derechos humanos y Derecho Constitucional.

Agustín Grijalva: Profesor de la UASB. Doctor en Jurisprudencia PUCE. Master en Ciencias Políticas por University of Kansas y PH.,D por la University of Pittsburgh, EEUU. Ha sido docente en la PUCE, IAEN y otras universidades. Autor de varias publicaciones sobre Derecho Constitucional y Ciencia Política.

El desarrollo normativo y su garantía

1. Los derechos y el estado: estado garantista

La Constitución del 2008 de forma clara y determinante vinculó a todo el estado a la promoción y respeto de los derechos¹. Esta obligación se especifica para todos y cada una de las funciones del estado y para los servidores públicos que la conforman.² Las funciones y los funcionarios de estado se manifiestan mediante distintos actos jurídicos. Así, en términos generales, la función ejecutiva debe elaborar políticas públicas, reglamentos y actos administrativos; la función judicial expide autos y sentencias; la función legislativa produce leyes; la función de transparencia y control social produce actos administrativos; y la función electoral también participa de la expedición de actos administrativos y hasta de sentencias. Si todas estas manifestaciones son respetuosas de los derechos, se cumple con las garantías que se conocen en la doctrina como primarias.³ Cualquiera que fuera la forma de manifestación del poder, si no se encuadra dentro del marco de los derechos, puede ser impugnada mediante la acción de protección o de inconstitucionalidad.

Por estas relaciones y vinculaciones entre el estado y los derechos es que la Constitución puede ser calificada como garantista.

2. Las garantías normativas

Nos interesa centrar la atención en las garantías normativas, que es una de las novedades en el constitucionalismo ecuatoriano y latinoamericano. La Constitución, en su artículo 84, textualmente dispone:

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad... En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras

¹ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Art. 3.1 y 11.9.

² *Ibíd.*, Art. 426.

³ Ferrajoli Luigi, “Derechos Fundamentales y garantías”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001, pp. 45-56.

normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”

Brevemente analicemos esta disposición constitucional. En primer lugar, la norma va dirigida a toda autoridad que tiene la competencia constitucional o legal para dictar normas. Así, las leyes las expide la Asamblea, los reglamentos el Presidente, las ordenanzas los consejos municipales, los acuerdos ministeriales los ministros. Todos ellos tienen la obligación, previo a expedir una norma, de observar los derechos y expedir normas que los respeten o desarrollen.

La fuente de los derechos que las autoridades deben observar previamente son la Constitución, los tratados y los demás instrumentos jurídicos que contengan derechos. Si no hay esa observancia previa a lo desarrollado nacional o internacionalmente se corre el riesgo de hacer una ley incompleta o contraria a los derechos.

La adecuación formal quiere decir que hay que respetar las normas que garantizan un debate deliberativo. Esto, en particular con los órganos colegiados, quiere decir que tiene que existir información previa, varias reuniones, consulta previa cuando fuere el caso. La adecuación material tiene relación con la observancia estricta a los derechos. No se los puede violar, restringir, limitar sino, al contrario, expandir, desarrollar, respetar, proteger, promover.

Analizar en un informe de derechos humanos toda la producción normativa del estado es una tarea compleja y larga. Por cuestiones de tiempo y espacio, nos restringiremos a la producción legislativa y dentro de ella a algunas de las leyes, que consideramos son relevantes para el ejercicio de derechos. Por otro lado, muy brevemente especificaremos, como información que debe ser compartida y conocida, normativa relevante para los derechos humanos y tratados internacionales que han sido ratificados por el estado ecuatoriano. Finalmente, concluiremos con observaciones generales sobre el proceso legislativo.

3. La producción legislativa en el 2010

La Asamblea Nacional, en el período que analiza este informe (enero a octubre 2010), ha expedido 33 leyes.⁴ De estas, 22 leyes hacen relación con los derechos y el resto con organización del estado. A primera vista, parecería que los derechos fundamentales tendrían prioridad: el 76% de las leyes tienen relación con los derechos y el 24% sobre organización del estado.⁵

Si apreciamos los derechos regulados en función de la clasificación constitucional, constatamos que el 34% se relacionan con el derecho al buen vivir, el 33% a los derechos de protección, el 22% al derecho a la libertad y el 11% al derecho a la participación. Llama la atención que no se han expedido leyes en relación con los grupos considerados de atención prioritaria, como tampoco con los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y derechos de la naturaleza.⁶

Estas categorizaciones de las leyes por derechos no significan necesariamente que la Asamblea Nacional se inspiró en los derechos para elaborar la legislación ni tampoco que sean consistentes con el contenido de los mismos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En algunas leyes, como es el caso de la ley relacionada al deporte, efectivamente se desarrolla el derecho al deporte. Pero en otras la ley francamente viola derechos, como es el caso de ciertas reformas penales, que está categorizada como legislación relacionada a los derechos de libertad.

Por razones de espacio, no podemos realizar un análisis de todas y cada una de las leyes. Por ello, hemos seleccionado dos ejes temáticos. Uno relacionado a la libertad y al derecho penal, que ocupan cuatro leyes del total, lo que hace ver que la Asamblea ha dado importancia a esta área del derecho. El otro, relacionado con la participación ciudadana.

4. Las reformas penales

Podemos clasificar, para tener criterios valorativos, dos tipos de reformas penales. Una que es respetuosa de los derechos humanos, que se puede denominar garantista, y que basa sus postulados en el respeto a los derechos de la Constitución, en particular el derecho a la

⁴ Ver anexos, Cuadro 1.

⁵ Ver anexos, Cuadro 2.

⁶ Ver Anexos, Cuadro 3.

libertad personal y al debido proceso. Desde esta perspectiva, el derecho penal es de “acto”, que es el más consecuente con el principio de igualdad y dignidad, y lo que se juzga y condena son hechos y no a personas: las personas entran dentro de la esfera penal por lo que hacen no por lo que son. En cambio, existe un derecho penal asociado con formas autoritarias de ejercicio de poder, que tiene que ver con la flexibilización de las garantías penales, con la maximización del poder punitivo y con el derecho penal de “actor”. Desde estas reformas, no importa lo que hagan las personas, que por ser peligrosas deben estar bajo el control del sistema penal.

Desde la mirada de los derechos humanos, resulta importante centrar la atención en la reforma penal porque se trata del derecho que se relaciona con el poder más violento que ejerce el estado. En la aplicación del derecho penal se puede vulnerar el derecho a la vida, la libertad, el debido proceso, los derechos sociales y, en suma, la dignidad.

Se hicieron cuatro reformas: al Código Penal, al Código de Procedimiento Penal, a la legislación penal militar y policial y una puntual sobre las personas migrantes haitianas.

4.1. Reforma al Código Penal⁷

La Reforma al Código Penal tiene cuatro artículos, todos ellos encaminados a expandir el poder punitivo:

(1) La reincidencia: la reincidencia en la contravención será considerada delito. Es decir, una falta leve, por cometerla dos veces, se considera como grave, de una pena de hasta siete días pasa a ser sancionado con una pena de hasta cinco años. La reincidencia es una institución propia del derecho penal de “autor”. La persona recibe una pena grave, bajo la premisa de que se le considera “peligrosa”. Esta institución atenta contra el “ne bis in idem”, por el que se prohíbe juzgar dos veces a una persona por el mismo hecho. Esto sucede con la reincidencia. Al hecho presente le sumo, para agravar la pena, el hecho ya juzgado en el pasado. Por otro lado, cuando se dice que el sistema penal tiene como finalidad la rehabilitación integral y la reinserción (Art. 201 de la Constitución), el hecho de que una persona reincida significa que el estado es el que falló en el cumplimiento de

⁷ Ley Reformativa al Código Penal y Procedimiento Penal, Registro Oficial Suplemento 160, 29 de marzo del 2010, pp. 2-3.

sus fines (que, entre paréntesis, dada la situación de nuestras cárceles, lo más seguro es que nunca pueda rehabilitar). Resulta poco ético que sancione a una persona, en este caso al reincidente, por error y por fallas del estado.

(2) Ocultación de cosas robadas: el tipo penal multiplica el verbo rector, que era uno: ocultar, por seis: ocultar, custodiar, guardar, transportar, vender, transferir, y aumenta la pena de seis meses como mínimo a tres años con un máximo de seis años. Se considera dentro de este delito quienes no logren probar la propiedad de los bienes. La técnica usada en este tipo es la típica de legislaciones autoritarias, que pretenden abarcar con la multiplicación de los tipos penales cualquier tipo de conducta, produzca daño o no. Se pretende combatir lo que se conoce como “cachinerías” (mercados de bienes sustraídos). Lo malo es que, con este tipo penal, pueden caer todos los comerciantes informales y todas las personas que no logren demostrar la procedencia legal de lo que tienen. ¿Quién lleva facturas de la ropa que viste, del teléfono celular y de los accesorios que uno porta en la vida cotidiana? Lo perverso de estas figuras es que pueden servir para perseguir arbitrariamente a la gente. Este tipo de técnica se la usa en delitos que se los considera graves pero que abren la puerta a la arbitrariedad policial, como es el caso del tráfico y tenencia de drogas, terrorismo, lavado de dinero, trata de personas. Sin duda, la libertad personal y el comercio se encuentran afectados por este tipo penal. Al final, como siempre, los más pobres y marginales de nuestra sociedad, que se dedican al comercio informal, serán las víctimas de este tipo penal.

(3) Aumento de penas: las penas, en varios delitos, se aumentan. Se cree, ingenuamente, que el derecho penal puede resolver los problemas sociales. El aumento de penas en ningún país del mundo ha funcionado. Por un lado, es más caro porque carga al sistema penal con más presos por más tiempo. Por otro lado, como el sistema penal se basa en la cárcel y la cárcel es un lugar donde la violencia tiene cabida cotidianamente, las personas se tornan más violentas. Los políticos siguen alimentando la idea de que combaten la delincuencia a través del derecho penal. Lo que interesa a la víctima, en la realidad, no es la represión de la persona que ha cometido una infracción sino la reparación del daño y la seguridad de que

no le va a volver a pasar lo mismo. Y esto precisamente es lo que no hace el derecho penal.⁸

4.2. Reforma al Código de Procedimiento Penal⁹

(1) El registro de detenciones: el fiscal tiene la obligación de presentar el registro de detenciones en la fundamentación de la instrucción fiscal. Las detenciones anteriores son impertinentes en un proceso que juzga actos, que es propio de un régimen constitucional. Esta norma es un acercamiento al concepto de peligrosidad y al derecho penal de autor. La disposición, en la práctica, se junta con aquella que prohíbe la sustitución de la prisión preventiva y convierte a la prisión preventiva en regla. De este modo, la privación de la libertad, conforme a la Constitución, deja de ser excepcional. Hay que recordar, por otro lado, que la norma otorga un valor jurídico sin precedente a un acto jurídico que lo realiza la policía. La detención no es sentencia para que pueda ser considerada como reincidencia. Además, la detención hasta podría ser arbitraria. Da igual, cualquier tipo de registro de detención será considerada como una prueba en contra del detenido. Franco y abierto atentado a la libertad de las personas.

(2) Invisibilización de la víctima: los archivos y las desestimaciones se las hace sin audiencia. La víctima en los procesos penales ha sido la gran ausente. Esta institución, vinculada con la eficiencia penal, otorga poder al fiscal al punto de poder decidir un archivo y una desestimación en base a su criterio y fundamentado en el principio de oportunidad. Es irrelevante la pretensión de la víctima.

(3) Prohibición de sustitución prisión preventiva en determinados delitos (administración pública, muerte, delitos sexuales, odio, reincidencia, con penas de reclusión). En esta reforma existe un fuerte contenido moral que se torna, en estricto sentido, discriminatorio. La regla general es que cuando no se cumplen los requisitos de la prisión preventiva o cuando cumpliéndose se la debe considerar excepcional, debe prevalecer la presunción de inocencia y el derecho a la libertad durante el proceso. Sin embargo, en ciertos delitos que son sensibles a la crítica de la opinión pública (no razones jurídicas), como los delitos

⁸ Véase Irvin Waller, *Menos represión, más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, Instituto Nacional de Ciencias Penales-ILANUD, Ubijus Editorial, México, 2008.

⁹ Ley Reformativa al Código Penal y Procedimiento Penal, ley citada. pp. 3-4.

sexuales y la reincidencia que ahora se demuestra con el registro de detenciones, sin importar las circunstancias procesales, el juez debe dictar la prisión preventiva. Esta norma es discriminatoria porque las personas, estando en igual situación procesal, tienen trato distinto. La privación de libertad durante proceso debe seguir siendo excepcional y ser aplicada sin discriminación. Esta norma es, sin duda, inconstitucional.

(4) Registro audiencias fallidas. El sistema de administración de justicia adolece de múltiples fallas, una de ellas es la falta de información. No se conoce el número exacto de audiencias fallidas ni tampoco a los responsables de estos actos fallidos. Resulta intolerable que una persona privada de libertad durante un proceso, para garantizar su presencia en juicio, no pueda ser juzgado por la falta de un agente estatal (juez, fiscal o defensor). El hecho que de la ley obligue a reportar y a producir información resulta una reforma adecuada.

(5) Respeto jurisdicción indígena. La disposición general de la reforma penal reconoce una vez más y sin restricciones la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas. Esta norma se suma a las normas constitucionales y legales (Ley Orgánica de la Función Judicial y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional) que determinan la existencia de la justicia indígena y la necesidad de observar y respetar los principios de una justicia intercultural. Esta norma también es una norma que se encuadra en los preceptos constitucionales y que contribuye a la construcción de un estado plurinacional. Dado que la justicia ordinaria no funciona de forma adecuada, lo menos que podemos hacer es estimular otras formas de resolver conflictos y que además han funcionado ancestralmente.

(6) Auditoría externa. En las disposiciones transitorias se dispone que el Ministerio de Justicia contrate una auditoría externa sobre la actuación de jueces y fiscales de todo el país. Esta auditoría llenará un vacío de información que existe en el país. En los medios de comunicación solemos oír que los policías y los fiscales echan la culpa de la impunidad a los jueces y éstos a su vez a los policías y fiscales. Sin duda, la responsabilidad es compartida. Pero los datos sobre la administración de justicia son poco confiables y, sobre algunas actuaciones, no existen. Se espera que esta información sirva para identificar problemas y que sea un insumo para tomar decisiones que corrijan el defectuoso funcionamiento de la Función Judicial.

4.3. Reforma al derecho penal militar y policial¹⁰

El derecho penal militar y policial adolecía de serias deficiencias en su diseño y regulación, en tanto no estaban conformes con la Constitución y no se podía garantizar un juicio justo por parte de jueces imparciales e independientes.¹¹ La reforma penal, en este sentido, sigue los mandatos constitucionales y también los derivados de compromisos internacionales.

(1) Unidad jurisdiccional y especialidad. La especialidad, como era entendida, iba en detrimento de los derechos de las personas juzgadas por la justicia penal y militar. La unidad jurisdiccional significó separar la institución en donde se cometen infracciones de la que juzga. Por otro lado, la dogmática penal de la justicia penal militar y policial era peor de la que tenemos en el Código Penal. Además, en materia procesal, los juicios penales militares y policiales eran inquisitivos. La unidad jurisdiccional proclamada en la Constitución, se materializa en esta reforma. Por otro lado, la especialidad no se considera en cuanto a que tienen que ser militares y policías quienes juzguen, sino que se verifica en el conocimiento de la materia por parte del juzgador.

(2) Infracciones administrativas y penales. Creo que la reforma tiene aún algo de la legislación penal militar y policial anterior, que no distingue entre infracciones graves materia del derecho penal e infracciones leves materia del derecho administrativo. Lo coherente era dejar lo primero para conocimiento de la justicia ordinaria y los segundo para procedimientos administrativos. Encontramos en la reforma infracciones que atañen sólo a la vida militar y que deberían salir del ámbito penal, tales como ofender a un superior, resistir cumplir una orden, prolongar el mando o servicio, dar órdenes ajenas al interés de servicio, abusar de la jerarquía, ofender a un inferior.

(3) Incorporación principios de Derecho Internacional Humanitario (DIH). La reforma recoge importantes principios que se encuentran en el Derecho Penal Internacional (DPI) y en el DIH, tales como la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, la no obligación de

¹⁰ Ley reformativa al Código Penal para la tipificación de los cometidos en el servicio militar y policial, Registro Oficial Suplemento 196, 19 de mayo del 2010, pp. 2-10.

¹¹ Véase José Valencia Amores y Ramiro Avila Santamaría, *Ecuador y el Derecho Internacional Humanitario. Estudio de compatibilidad entre el ordenamiento jurídico ecuatoriano y las normas del DIH*, Corporación de Estudios y Publicaciones, CICR, Quito, 2006.

obediencia a órdenes que tenga que ver con violaciones a derechos humanos, la determinación de personas y bienes protegidos por el DIH. En este punto, la reforma adecua el ordenamiento jurídico ecuatoriano a compromisos internacionales.

(4) Tipificación crímenes de guerra. La reforma tipifica las infracciones que están descritas en el Estatuto de Roma, en los Convenios de Ginebra y su Protocolos Adicionales. Incluso encontramos infracciones que se conocen como la corriente de New York sobre armas prohibidas. En esto también se debe destacar como un esfuerzo importante y realizado de adecuación normativa.

(5) Transitorias inadecuadas. Las normas transitorias, y esto ya como un defecto de todos los regímenes de transición de las normas dictadas a partir de la Constitución del 2008, no han sido diseñadas de forma adecuada. Atrás de un régimen jurídico, están personas, bienes, prácticas, que deben ser consideradas. Las transiciones no se producen por la sola expedición de una norma sino que se debe contemplar responsables y procesos adecuados.

4.4. Reforma penal migratoria¹²

La reforma penal migratoria trata sobre la derogación del Art. 38 de la Ley de Migración que establecía que la infracción a las leyes de migración se sancionarán como contravención de cuarta clase. Esto es con penas de cinco hasta siete días de privación de libertad y con multa de hasta dos mil dólares.

Los considerandos hacen referencia a principios constitucionales importantes: no discriminación por origen nacional (Art. 11.2), iguales derechos entre nacionales y extranjeros dentro del Ecuador (Art. 9), derecho a entrar y salir libremente del país (Art. 66.14). Hubiese sido importante mencionar la institución de la “ciudadanía universal” y la libre movilidad de todos los habitantes del planeta (Art. 416.6).

Con todos estos antecedentes, la penalización de cualquier infracción de carácter administrativo-migratoria realmente era inconsecuente con la Constitución. La derogación

¹² Ley derogatoria del Art. 38 de la Ley de Migración; y de exoneración económico-tributaria a favor de los ciudadanos haitianos que ingresaron al Ecuador hasta el 31 de enero de 2010 y se hallan actualmente en situación irregular en el territorio ecuatoriano, Registro Oficial Suplemento 175, 20 de abril del 2010, p. 16.

del Art. 38 de la ley de migración se imponía y fue un acierto. Sin embargo, llama la atención que la multas, que derivan del artículo derogado, sólo se exonere a los habitantes haitianos. Si una norma fue derogada por inconstitucional, lo lógico era que los efectos que tuvo cuando vigente, esto es las multas, sean eliminados con carácter retroactivo. No existe razón alguna para especificar que sólo un grupo humano, en este caso las personas haitianas, se beneficien de esta exoneración.

4. 5. Ley Orgánica de Participación Ciudadana¹³

La Constitución reconoce el derecho a la participación (Art. 61) de forma amplia, no sólo restringido a la relación de las personas a lo estatal sino a lo público. De ahí que la participación ocupe un lugar privilegiado y previo a la organización del poder (Título IV, Art. 95 en adelante). En el ejercicio del derecho a participar, las personas pueden ejercer sus libertades de expresión y acceso a la información, ocupar funciones públicas, votar, organizarse, formar parte de agrupaciones políticas, demandar al estado y fiscalizar a los órganos del poder público.

En este marco, la Ley Orgánica de Participación Ciudadana cobra particular importancia al regular uno de los derechos fundamentales para la organización del estado, limitación del poder y para la realización de la democracia.

La ley está dividida en nueve partes: (1) principios generales, (2) democracia directa, (3) el poder ciudadano, (4) las organizaciones sociales, el voluntariado y la formación ciudadana, (5) las acciones jurisdiccionales de los derechos de participación, (6) la participación ciudadana en las funciones del estado, (7) los presupuestos participativos, (8) los mecanismos de participación ciudadana, (9) control social.

La ley recoge importantes principios constitucionales y de teoría política, que son necesarios para una auténtica participación dentro de un estado de derechos, justicia y plurinacional, tales como igualdad, la interculturalidad, la plurinacionalidad, el respeto a la diferencia, la deliberación, la paridad de género, la responsabilidad, la transparencia, el pluralismo y la solidaridad.

¹³ Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Registro Oficial Suplemento 175, 20 de abril del 2010, pp. 3-16.

Se regulan cuatro formas de democracia directa: la iniciativa popular normativa, la reforma constitucional por iniciativa popular, la consulta popular y la revocatoria del mandato. Se establecen requisitos formales, del tipo porcentajes para presentar las iniciativas, y se permite, una vez admitida la propuesta, la participación directa y efectiva de los promotores. Existen protecciones contramayoritarias contra los derechos. No se puede anular, restringir o limitar derechos a pretexto de democracia directa y esto es correcto.

El poder ciudadano se restringe a un artículo, tiene una infeliz redacción, como muchas otras disposiciones de esta ley. Aparte de ser de difícil comprensión, parecería que si las personas no participan por cualquier razón, simplemente no tienen poder. Y esto es incorrecto.

Se reconocen todas las formas de organización y se determina la obligación del estado de generar mecanismos, promover la capacidad de organizar, fortalecer las organizaciones existente, prestar apoyo, capacitar técnicamente... En relación a la legalización de las organizaciones que desearan tener personalidad jurídica, se afirma que deberán ser tramitadas en “las diferentes instancias públicas que correspondan...” y no da mayores pistas.

La ley reproduce la acción ciudadana que consta en la Constitución (Art. 99), que es una especie de acción de protección y medida cautelar, regulada de forma poco precisa. En la ley se hace remisión a las acciones legales y constitucionales aplicables. De esta forma, esta acción, denominada como ciudadana, se subsume a las otras garantías jurisdiccionales. La ley no desarrolla el enigmático artículo constitucional. Creo que convenía no asociarlo a las otras garantías para que, en caso de que no llegaren a ser eficaces, se pueda desarrollar una acción para proteger derechos de forma distinta.

La ley reconoce la participación ciudadana en las funciones del estado. Las distintas funciones del estado tienen la obligación para establecer “mecanismos para garantizar la transparencia de sus acciones...” (Art. 45). No se determinan los mecanismos ni tampoco las instancias. Se determinan algunos espacios de participación en instancias importantes de toma de decisiones: el Consejo Nacional de Planificación, la Asamblea Ciudadana Plurinacional e Intercultural para el Buen Vivir, los consejos ciudadanos sectoriales, las

asambleas locales, asambleas cantonales, asambleas provinciales y asambleas regionales. Si bien es importante en una estructura institucional crear espacios, lo cierto es que debería existir alguna claridad para conocer el lugar institucional, las interrelaciones entre espacios y las facultades.

Al final del título (Art. 63), se determinan los criterios para entregas de fondos. Una entidad responsable (no se sabe cuál ni de que instancia) elaborará un reglamento. La entrega de fondos tampoco se determina si es para fortalecer las instancias de participación o si es para ejecutar proyectos.

Una de las innovaciones más importantes de la ley es los presupuestos participativos. Se establece que las personas, a título personal o como parte de organizaciones, contribuyen a la toma de decisiones respecto a los presupuestos. Esta institución, si llegare a funcionar, será una de las más importantes en relación al desarrollo de la democracia. Sin embargo, como es común esta ley, se habla de responsables en términos ambiguos: “la autoridad competente”, “delegados de unidades básicas de participación” (en ningún lugar se las define), las autoridades de cada nivel de gobierno...

La ley determina cinco mecanismos de participación ciudadana: las audiencias públicas, que puede ser solicitada por cualquier persona y en cualquier momento, que podría hacer ingobernable una instancia de poder, y que corre el riesgo de ser instrumentalizada y burocratizada (la autoridad puede delegar); los cabildos populares, que son sesiones públicas a nivel cantonal; la silla vacía, que determina que tienen que ser representantes pero no dice cómo lograr esa representación, y que tienen derecho a voz y voto en los gobiernos autónomos descentralizados; las veedurías que se regirán por un reglamento general; y la consulta previa, que hace referencia a una consulta previa, libre e informada, en un plazo razonable, y que no regula la falta y los efectos del no consentimiento.

En general, la ley desarrolla el derecho a la participación, pero lo hace de una forma tímida y ambigua, de tal forma que la ley se convierte en un marco referencial. La regulación explícita, que debe determinar autoridades, procedimientos, representación y consecuencias, se deriva a otras leyes o a reglamentaciones. Esto puede ser un defecto que podría permitir que la participación efectivamente no se pueda ejercer. Sin embargo, los principios y los espacios creados son importantes y pueden fundamentar una acción de

incumplimiento si es que no hay la regulación a la que se remite o una acción de inconstitucionalidad si es que la normativa atenta contra el derecho a la participación.

4.6. Ley Orgánica de Educación Superior¹⁴

La Ley Orgánica de Educación Superior, como muchas otras leyes, fue aprobada sin haber sido consultada de forma adecuada a la comunidad universitaria. De ahí el alto grado de conflictividad que generó su discusión parlamentaria. La Ley se organiza alrededor de los principios establecidos en la Constitución (Art. 351) y desarrolla su contenido. La ley uniformiza a todas las universidades en cuanto a regulación y control, y contiene algunas normas que podrían entrar en tensión con la autonomía universitaria. Sin embargo, existen algunos puntos que merecen destacarse y que, de cumplirse, elevarán la calidad universitaria de nuestro país: derechos de los estudiantes y profesores, obligación de tener el 60% de profesores a tiempo completo, destinar un porcentaje obligatorio a la investigación, exigir requisitos de doctorado, investigación y publicación a los profesores, establecer sistemas de evaluación tanto a la universidad como a los profesores. Las normas transitorias, como en muchas otras leyes, establecen plazos cortos y no establecen mecanismos concretos y reales para su cumplimiento.

5. Avances normativos con repercusiones en derechos humanos

5.1. Administración de justicia: la regulación sobre justicia es de vital importancia para el funcionamiento del estado democrático y también para garantizar la tutela efectiva de derechos. En el año 2010, se han expedido algunas normas relevantes: el reglamento de expedientes de la Corte Constitucional, que establece disposiciones para el trámite de la demanda por incumplimiento de sentencias e informes de organismos de derechos humanos y determina criterios para examen de constitucionalidad de las decisiones de la justicia indígena¹⁵; la ley que otorgó inmunidad a la Comisión de la Verdad para evitar retaliaciones de posibles personas señaladas en el Informe como responsables¹⁶; y, como

¹⁴ Ley Orgánica de Educación Superior, Registro Oficial Suplemento 298, 12 de octubre 2010.

¹⁵ Resolución 0, Corte Constitucional, Reglamento para la sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitución, , Registro Oficial Suplemento 127, 10 de febrero 2010.

¹⁶ Ley de Protección e Inmunidad de la Comisión de la Verdad, Registro Oficial Suplemento 128, 11 de febrero 2010.

efecto del Informe Final de dicha Comisión, la creación en la Fiscalía de la Unidad Especial para investigar los casos relaciones con violaciones a los derechos humanos.¹⁷

5.2. Derecho de la naturaleza: se suscribió el fideicomiso para el parque nacional Yasuní, entre el gobierno ecuatoriano y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), con el objetivo de plantear alternativas a prácticas extractivistas. Se pretende no explotar 846 millones de barriles de petróleo en el parque Yasuní y que de alguna manera exista cooperación para la conservación y para modelos alternativos de desarrollo.

5.3. Derechos de las personas privadas de libertad: las personas tienen derecho a ser llevadas inmediatamente después de ser detenidas ante un juez competente, no existe justificación para hacer una “escala” en los calabozos de la policía nacional; por ello resulta importante que, mediante acuerdo ministerial, se dispuso el cierre a nivel nacional de “centros de detención provisional”.¹⁸ Mediante Resolución de la Corte Nacional de Justicia se reguló las rebajas de penas, que contiene algunas excepciones que podrían considerarse discriminatorias porque atienden a la condición de las personas (materia de juzgamiento) y no al comportamiento dentro de una cárcel.¹⁹

5.4. Movilidad humana: varias instancias del estado han emitido regulaciones que buscan limitar el alcance del principio de movilidad humana y ciudadanía universal. El ministerio de gobierno estableció un proceso de regularización migratoria exclusivamente para personas de nacionalidad haitiana que hubieren ingresado al Ecuador hasta el 31 de enero del 2010 y que les faculta a obtener una visa de no inmigrante por cinco años.²⁰ La Dirección General de Registro Civil, bajo concepciones de evitar fraude en la obtención de visa, emitió varias resoluciones abiertamente inconstitucionales que restringen el acceso al

¹⁷ Resolución 49, Fiscalía General del Estado, Crea unidad especial, integrada por un equipo de personal operativo, que actuará a nivel nacional y conocerá exclusivamente los casos denunciados por la Comisión de la Verdad, relativos al presunto cometimiento de violaciones de los Derechos Humanos y Crímenes de Lesa Humanidad, Registro Oficial 267, 30 de agosto 2010.

¹⁸ Acuerdo Ministerial 1623, Ministerio del Interior, Decrétase el cierre inmediato de los centros de privación de libertad que se encuentran dentro de las dependencias de la Policía Nacional y/o bajo su administración, Registro Oficial Suplemento 252, 6 de agosto 2010.

¹⁹ Resolución 0, Corte Nacional de Justicia, Rebaja de las penas, por el sistema de méritos hasta un máximo del 50%, es aplicable para todas las personas privadas de la libertad que tengan sentencia condenatoria, con las excepciones establecidas en el Art. 32 del Código de Ejecución de Penas, Registro Oficial 276, 10 de septiembre de 2010.

²⁰ Decreto Ejecutivo 248, Proceso de regularización para ciudadanos y ciudadanas de nacionalidad haitiana que se encuentren en situación irregular en el territorio ecuatoriano, que hayan ingresado al Ecuador hasta el 31 de enero de 2010, , Registro Oficial 135, 23 de febrero 2010.

derecho a la identidad y estado civil. Una niega la inscripción de niños y niña nacidos/as en el Ecuador hijos o hijas de padres extranjeros.²¹ Y la otra prohíbe considerar a la unión de hecho como estado civil.²² Por su parte, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración emitió un acuerdo estableciendo el requerimiento de visas para ingreso al país de personas africanas y asiáticas.²³

5.5. Promoción de derechos: una de las múltiples formas de promoción de derechos es mediante la difusión y la conmemoración de días específicos para celebrar o tratar temas. La Asamblea Nacional determinó tres fechas para recordar derechos importantes. El uno, que declaró al 21 de marzo como fecha para conmemorar el Día Internacional de la Eliminación de la Discriminación Racial, a través de la ejecución de acciones para erradicar la discriminación y hacer campañas de difusión.²⁴ El segundo, que declaró el 19 de septiembre como Día de la interculturalidad y plurinacionalidad del Ecuador, en honor a la mujer ecuatoriana y al natalicio de Tránsito Amaguaña.²⁵ Y el tercero, que declaró el 21 de junio como día de conmemoración nacional de los levantamientos indígenas y populares del Ecuador “Inti Raymi”.²⁶

6. Tratados internacionales ratificados

6.1. Protocolo Facultativo a la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: este protocolo establece una garantía adicional a la establecida en el Convenio, que ya instituyó un órgano para verificar si los estados violan o no el derecho a la integridad física, que es la posibilidad de que el Comité contra la Tortura pueda visitar lugares de privación de libertad sin previo aviso. Este mecanismo es

²¹ Resoluciones DAJ-2010-000213 y 000214, de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, de 16 de julio 2010.

²² Resolución 277, de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, de 1 de septiembre de 2010.

²³ Acuerdo Ministerial 105, 3 de septiembre de 2010.

²⁴ Resolución 0, Asamblea Nacional, Declárase fiesta cívica, al 21 de marzo, para conmemorar el “Día Internacional de la Eliminación de la Discriminación Racial”, Registro Oficial 160, 29 de marzo 2010.

²⁵ Acuerdo 0, Asamblea Nacional, Ríndese Homenaje a la mujer ecuatoriana en su día, como elemento vital de las familias, núcleo vinculante de nuestra sociedad e indiscutible factor de desarrollo del país, e instituyése el 19 de septiembre de cada año, como día de la interculturalidad y plurinacionalidad del Ecuador, Registro Oficial Suplemento 162, 31 de marzo 2010.

²⁶ Resolución 0, Asamblea Nacional, Déclarase el 21 de junio de cada año como día de Conmemoración Nacional de los Levantamientos Indígenas y Populares del Ecuador “Inti Raymi”, Registro Oficial 234, 13 de julio de 2010.

altamente preventivo y manifiesta un compromiso importante de los estados para erradicar la tortura.²⁷

6.2. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC): este protocolo establece por fin un mecanismo de exigibilidad para los DESC a nivel del sistema universal, con el objetivo de romper con la creencia de que estos derechos son meramente progresivos. Con el protocolo se reafirma que todo DESC tiene dimensión de exigibilidad. El protocolo prevé tres mecanismos de garantía: uno de comunicaciones individuales, otro de comunicaciones interestatales y, finalmente, un procedimiento de investigación de violaciones graves o sistemáticas de derechos económicos, sociales y culturales.²⁸

8.3. Convención sobre municiones en racimo: esta Convención trata sobre uno de los medio de guerra que se consideran prohibidos, por ocasionar un daño indeterminado. Las municiones racimo al ser usadas no discriminan entre población civil y militares, ni entre bienes protegidos y objetivos militares, por esta razón debe prohibirse. Ecuador hace muy bien en adherirse a una convención que, en el fondo, racionaliza los conflictos armados y protege a personas y bienes que deberían estar ajenos a una guerra.²⁹

7. Breve análisis de los procesos legislativos

Si uno compara entre la producción legislativa posterior a la Constitución del año 1998 y la de la Constitución del año 2008, sin duda, encontrará una diferencia notable. La Asamblea Nacional está realizando un proceso de cambio legal con el pretexto de la nueva Constitución. Esto no significa, y se evidencia por ejemplo en muchas reformas penales, que se esté cumpliendo con la garantía primaria de expedir normas que respeten y desarrollen los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

²⁷ Decreto Ejecutivo 309, Ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanas o Degradantes, Registro Oficial 175, 20 de abril 2010.

²⁸ Decreto Ejecutivo 358, Ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, , Registro Oficial 205, 2 de junio de 2010.

²⁹ Decreto Ejecutivo 281, Ratificación Convención sobre Municiones en Racimo, Registro Oficial 162, 31 de marzo de 2010.

Las leyes deben ser formal y materialmente adecuadas a la Constitución. En lo formal existe un déficit democrático. Por un lado, las leyes deben ser el resultado de un proceso democrático deliberativo, que reflejen los intereses y derechos en particular de las personas involucradas. Hay proyectos de leyes cuya discusión no contó con la participación activa de los involucrados. Quizá el ejemplo más representativo sea la discusión de la ley de agua, que provocó más de una protesta; de igual modo, la ley de educación superior, que no consultó, por ejemplo, a estudiantes y profesores universitarios. Si una ley no toma en cuenta a las personas a quienes regulará, lo más seguro es que se opongan a su aplicación. Esto ya ha sucedido, por ejemplo, con la Ley Orgánica de la Función Judicial y también con la ley que regula el Servicio Público.

Una de las formas de apreciar si hay participación ciudadana, es a través de la iniciativa de leyes. Si la iniciativa es exclusivamente estatal, se podría considerar que la participación está fuertemente mediatizada por el estado. De las leyes expedidas en el año, en apenas el 3% hubo una iniciativa ciudadana vinculada a algún asambleísta. Los grandes actores son el ejecutivo y el legislativo con asambleístas vinculados al gobierno, que juntos tienen un 91% de protagonismo.³⁰

Las reformas normativas pueden tener distinta carga de trabajo. No es lo mismo reformar un cuerpo entero normativo o crear una ley, que hacer reformas puntuales. Para determinar el trabajo de la Asamblea, conviene apreciar si el trabajo ha sido sostenido y profundo a través de cuerpos legales o códigos, o puntual y disperso a través de reformas a leyes (que a veces, como en el caso de la derogación de una norma de la ley de migración, es de un solo artículo). En el primer caso, tenemos un 33% de normas que son complejas. En el segundo caso, sumamos un 67% de normas puntuales.³¹

Conviene mencionar que la iniciativa legislativa proveniente de la Función Ejecutiva ha sido determinante en la producción legislativa de la Asamblea: de 15 propuestas del ejecutivo, la gran mayoría, 13, se han tornado en leyes.

La garantía normativa, como se enunció al inicio de este ensayo, no se restringe a la Función Legislativa. Sin duda, la producción normativa en otras esferas no puede cesar y,

³⁰ Ver Anexos, Cuadro 4.

³¹ Ver Anexos, Cuadro 5.

por tanto, es abundante. Resta por analizar si ese desarrollo normativo está conforme a la Constitución y a los derechos que proclama. Sin duda, existirán avances y también retrocesos. Entre los segundos, por nombrar ejemplificativamente, tenemos normas inconstitucionales tales como las regulaciones del Registro Civil en relación a los migrantes, aplicación de los estados de excepción –que no han sido pocos- por parte de la Función Ejecutiva, restricción de la alimentación escolar por parte del Ministerio de la materia.

Por otro lado, materialmente, las leyes deben expandir el umbral de ejercicio, respeto y protección de los derechos. Este principio parece que no siempre se cumple. Las reformas penales son un ejemplo evidente del alejamiento del programa constitucional por parte de la regulación legal. No sólo que los derechos no inspiran la reforma sino que francamente se los viola.

La garantías secundarias, que refuerzan el mandato de normar de acuerdo con los derechos, son aquellas encomendadas a los jueces y juezas, que tienen el deber de corregir los defectos legislativos en los casos que conocen o, como sucede con la Corte Constitucional, en términos generales y abstractos.

El hecho de que la Asamblea Nacional incumpla con sus obligaciones constitucionales es grave. Pero más grave aún es cuando los jueces y juezas no asumen sus responsabilidades de forma adecuada y conciente.

Finalmente estamos las personas, destinatarias de las leyes, que tenemos todo el derecho para impugnarlas y, en el peor de los casos, cuando francamente violan derechos, para inobservarlas.

BIBLIOGRAFÍA

Ferrajoli Luigi, “Derechos Fundamentales y garantías”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001, pp. 45-56.

Valencia Amores José y Ávila Santamaría Ramiro, *Ecuador y el Derecho Internacional Humanitario. Estudio de compatibilidad entre el ordenamiento jurídico ecuatoriano y las normas del DIH*, Corporación de Estudios y Publicaciones, CICR, Quito, 2006.

Waller Irvin, *Menos represión, más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, Instituto Nacional de Ciencias Penales-ILANUD, Ubijus Editorial, México, 2008.

Normas

Acuerdo 0, Asamblea Nacional, Ríndese homenaje a la mujer ecuatoriana en su día, como elemento vital de las familias, núcleo vinculante de nuestra sociedad e indiscutible factor de desarrollo del país, e instituyése el 19 de septiembre de cada año, como día de la interculturalidad y plurinacionalidad del Ecuador, Registro Oficial Suplemento 162, 31 de marzo 2010.

Acuerdo Ministerial 1623, Ministerio del Interior, Cierre inmediato de los centros de privación de libertad que se encuentran dentro de las dependencias de la Policía Nacional y/o bajo su administración, Registro Oficial Suplemento 252, 6 de agosto 2010.

Acuerdo Ministerial 105, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, 3 de septiembre de 2010.

Constitución de la República del Ecuador, RO 449, 20 de Octubre de 2008.

Decreto Ejecutivo 248, Proceso de regularización para ciudadanos y ciudadanas de nacionalidad haitiana que se encuentren en situación irregular en el territorio ecuatoriano, que hayan ingresado al Ecuador hasta el 31 de enero de 2010, Registro Oficial 135, 23 de febrero 2010.

Decreto Ejecutivo 281, Ratificación Convención sobre Municiones en Racimo, Registro Oficial 162, 31 de marzo de 2010.

Decreto Ejecutivo 309, Ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, Registro Oficial 175, 20 de abril 2010.

Decreto Ejecutivo 358, Ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Registro Oficial 205, 2 de junio de 2010.

Ley Reformatoria al Código Penal y Procedimiento Penal, Registro Oficial Suplemento 160, 29 de marzo del 2010.

Ley reformativa al Código Penal para la tipificación de los cometidos en el servicio militar y policial, Registro Oficial Suplemento 196, 19 de mayo del 2010, pp. 2-10.

Ley derogatoria del Art. 38 de la Ley de Migración; y de exoneración económico-tributaria a favor de los ciudadanos haitianos que ingresaron al Ecuador hasta el 31 de enero de 2010 y se hallan actualmente en situación irregular en el territorio ecuatoriano, Registro Oficial Suplemento 175, 20 de abril del 2010, p. 16.

- Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Registro Oficial Suplemento 175, 20 de abril del 2010, pp. 3-16.
- Ley de Protección e Inmunidad de la Comisión de la Verdad, Registro Oficial Suplemento 128, 11 de febrero 2010.
- Resolución 49, Fiscalía General del Estado, Creación Unidad Especial, para casos denunciados por la Comisión de la Verdad, Registro Oficial 267, 30 de agosto 2010.
- Resolución 0, Corte Constitucional, Reglamento para la sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitución, Registro Oficial Suplemento 127, 10 de febrero 2010.
- Resolución 0, Corte Nacional de Justicia, Rebaja de las penas, por el sistema de méritos hasta un máximo del 50%, aplicable para todas las personas privadas de la libertad que tengan sentencia condenatoria, con las excepciones establecidas en el Art. 32 del Código de Ejecución de Penas, Registro Oficial 276, 10 de septiembre de 2010.
- Resoluciones DAJ-2010-000213 y 000214, de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, de 16 de julio 2010.
- Resolución 277, de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, de 1 de septiembre de 2010.
- Resolución 0, Asamblea Nacional, Declárase fiesta cívica, al 21 de marzo, para conmemorar el “Día Internacional de la Eliminación de la Discriminación Racial”, Registro Oficial 160, 29 de marzo 2010.
- Resolución 0, Asamblea Nacional, Déclarase el 21 de junio de cada año como día de Conmemoración Nacional de los Levantamientos Indígenas y Populares del Ecuador “Inti Raymi”, Registro Oficial 234, 13 de julio de 2010.

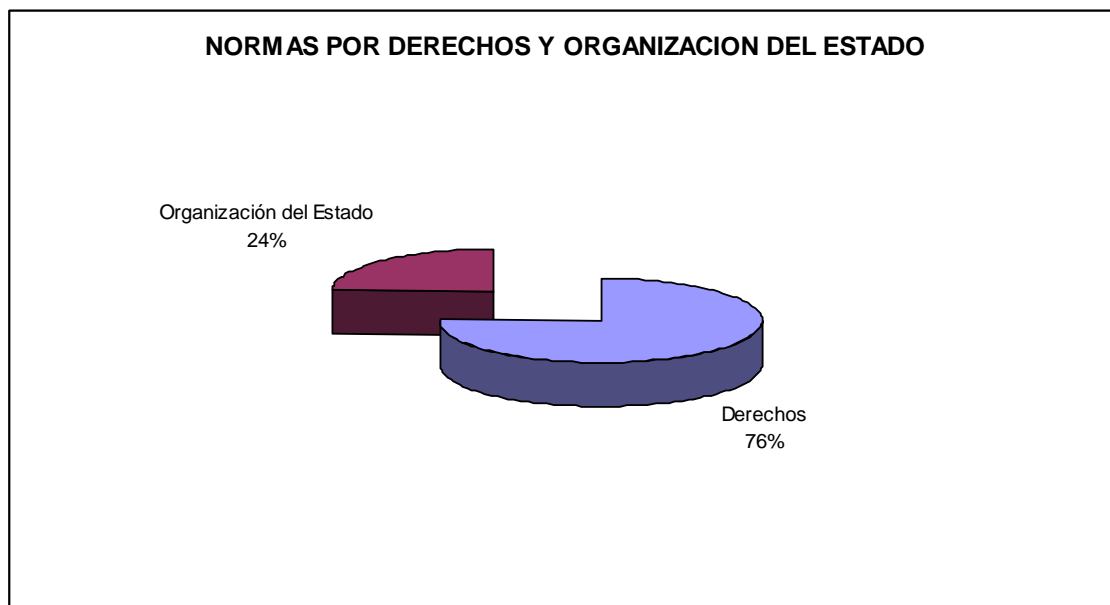
ANEXOS

Cuadro 1
Leyes expedidas entre enero y octubre 2010

Nro.	Denominación	Bloque de derechos	Fecha
1	Reforma Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social	Participación	26-10-2010
2	Reforma Ley Orgánica de Empresas Públicas	Libertades	22-10-2010
3	Código Orgánico de Finanzas Públicas	Reg. Desarrollo	22-10-2010
4	Reforma Ley de Régimen Tributario	Reg. Desarrollo	22-10-2010
5	Código Orgánico de Administración Territorial, Autonomía y Descentralización	Org. Territorial	19-10-2010
6	Reforma Ley de Creación de Rentas Sustitutivas para provincias de Napo, Esmeraldas y Sucumbíos	Reg. Desarrollo /Org. Territorial	19-10-2010
7	Reforma Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial	Buen Vivir	19-10-2010
8	Reforma Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador	Reg. Desarrollo	19-10-2010
9	Reforma Ley del Fondo de Desarrollo de las Provincias de la Región Amazónica	Reg. Desarrollo /Org. Territorial	19-10-2010
10	Reforma Ley del Fondo de Vialidad de la Provincia de Loja	Reg. Desarrollo	19/10/2010
11	Reforma Créase el Instituto de Altos Estudios Nacionales	Buen Vivir	12/10/2010
12	Reforma Jubilación de Profesores Universitarios	Buen Vivir	12/10/2010
13	Ley Orgánica de Educación Superior	Buen Vivir	12/10/2010
14	Ley Interpretativa del Decreto Legislativo publicado en RO971, 20-06-1996	Libertades	08/11/2010
15	Ley del Deporte, Educación Física y Recreación	Buen Vivir	08/11/2010
16	Ley Derogatoria 2, para la depuración de la normativa legal	Protección	14/09/2010
17	Reforma Ley de Hidrocarburos	Naturaleza	27/07/2010
18	Reforma Ley de Régimen Tributario Interno	Reg. Desarrollo	20/07/2010
19	Ley Derogatoria 1, para la depuración normativa legal	Protección	20/07/2010
20	Reforma Ley del Ejercicio Profesional de las Enfermeras	Buen Vivir	06/10/2010
21	Ley Orgánica del Servicio Público	Buen Vivir	06/10/2010
22	Reforma Ley de la Federación Médica Ecuatoriana	Buen Vivir	06/10/2010
23	Reforma Ley de Escalafón de Médicos	Buen Vivir	06/10/2010
24	Reforma Código Penal	Protección	19/05/2010
25	Reforma Ley de Migración	Grupos Atención Prioritaria	20/04/2010
26	Ley Orgánica Participación Ciudadana	Participación	20/04/2010
27	Reforma Ley General de Instituciones del Sistema Financiero	Libertades	31/03/2010
28	Reforma Ley de Registro	Libertades	31/03/2010
29	Reforma Ley de Compañías	Libertades	31/03/2010
30	Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos	Libertades	31/03/2010
31	Reforma al Código Penal	Protección	29/03/2010
32	Reforma al Código de Procedimiento Penal 2000	Protección	29/03/2010

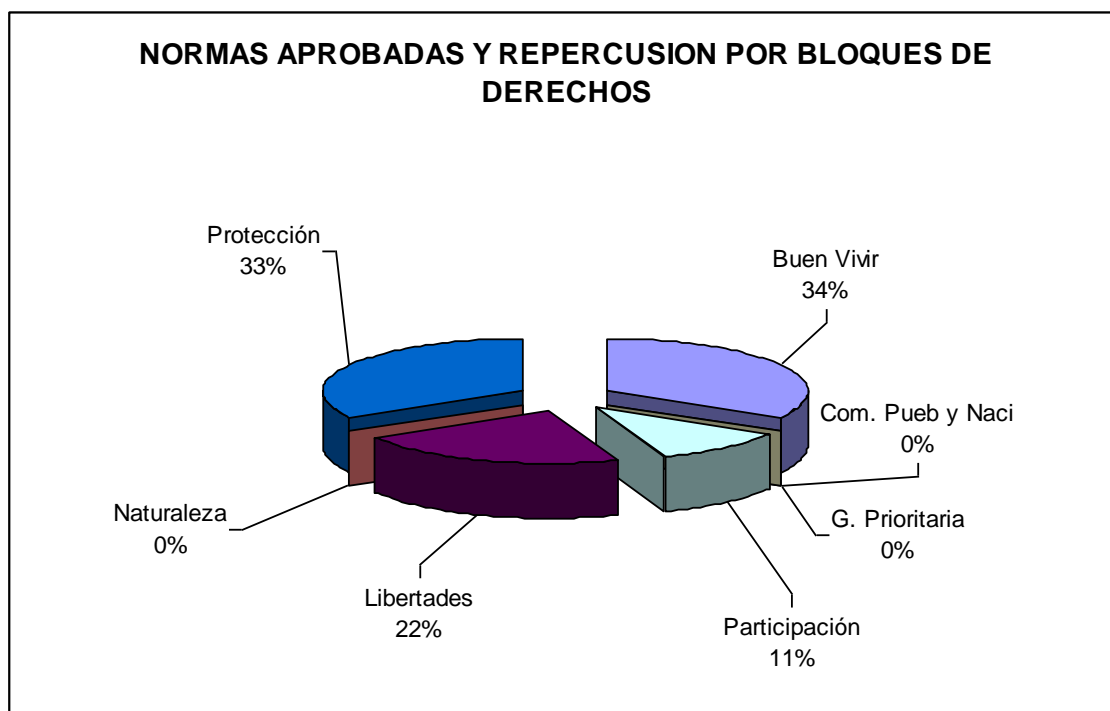
Fuente: SILEC Pro, Lexis S.A y Web Asamblea Nacional del Ecuador
Elaborado por: Ramiro Ávila Santamaría y Gina Benavides, 2010.

Gráfico 1



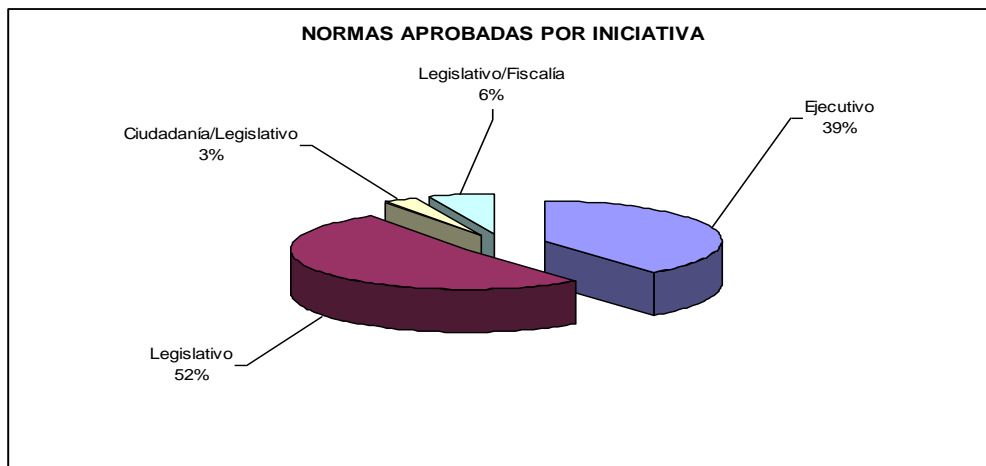
Fuente: SILEC Pro, Lexis S.A y Web Asamblea Nacional del Ecuador
Elaborado por: Gina Benavides, 2010.

Gráfico 2



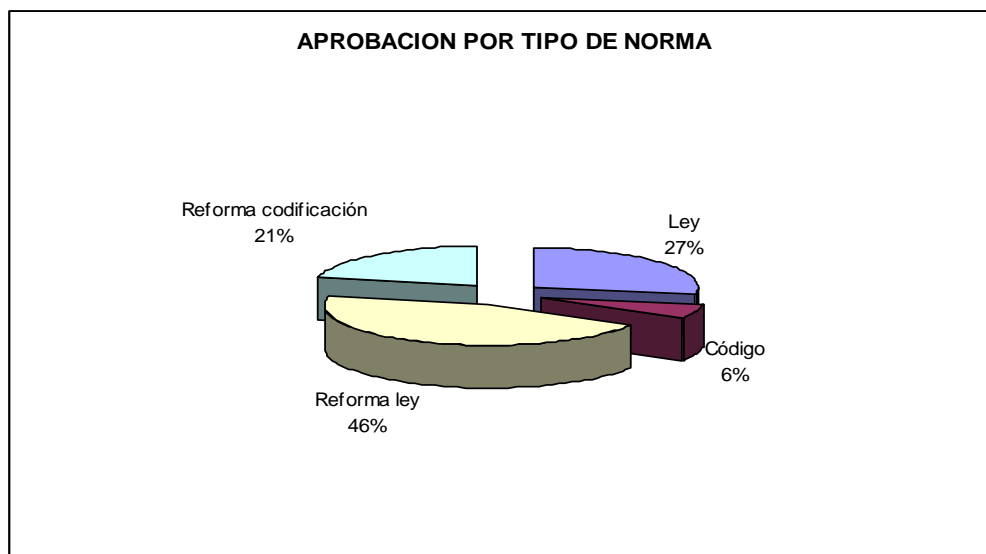
Fuente: SILEC Pro, Lexis S.A y Web Asamblea Nacional del Ecuador
Elaborado por: Ramiro Ávila Santamaría y Gina Benavides, 2010.

Gráfico 3



Fuente: SILEC Pro, Lexis S.A y Web Asamblea Nacional del Ecuador
Elaborado por: Gina Benavides, 2010.

Gráfico 4



Fuente: SILEC Pro, Lexis S.A y Web Asamblea Nacional del Ecuador
Elaborado por: Gina Benavides, 2010.

Las Garantías de los Derechos en el 2010

*Agustín Grijalva*³²

Introducción

Las garantías jurisdiccionales son esenciales en la protección efectiva de los derechos constitucional e internacionalmente vigentes, para este efecto la Constitución del 2008 introdujo algunas reformas para volverlas más ágiles e informales, y en algunos casos ampliar la gama de derechos protegidos. Es necesario entonces evaluar empíricamente el impacto de estas reformas normativas.

Esta Constitución expandió la noción de garantía constitucional incluyendo junto a las garantías jurisdiccionales, las garantías normativas y las de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana. En esta sección nos limitamos al examen del funcionamiento de las primeras, conocidas por jueces de primer nivel y por las cortes provinciales. Entre estas garantías se examina a continuación la acción de protección, habeas corpus y habeas data, incluyéndose información parcial sobre la acción extraordinaria de protección.

El presente análisis se basa en un estudio exploratorio de variables de 1851 procesos constitucionales tramitados en la Provincia de Pichincha tanto por jueces de instancia como por la Corte Provincial, durante el lapso comprendido entre el 1 de Enero y el 31 de Octubre del 2010. Estos casos fueron tramitados por 66 judicaturas de primer nivel de Pichincha y por 7 salas de la Corte Provincial. Se procesó la información disponible en la página en línea de la Función Judicial de Pichincha³³, construyendo una base que recoge información sobre los legitimados activos y pasivos en cada proceso constitucional, así como el tipo de derecho reclamado, los tiempos procesales y el sentido de la sentencia y otras providencias judiciales³⁴. Una primera codificación de

³² Nota del editor: Para la elaboración de este artículo se constituyó un equipo de investigación integrado por Ramiro Ávila, Gina Benavides y Alex Valle, docentes del Área de Derecho y del Programa Andino de Derechos Humanos. Colaboraron en el ingreso de datos y codificación: Verónica Galarza, secretaria del PADH; Gabriela León, estudiante de derecho egresada de la PUCE y los estudiantes de de las maestrías en derecho penal, procesal y tributario de la UASB: Rosa Melo, Ximena Ron, Francisco Carvajal, Xavier Malacatus, Vladimir Bazante, Walter Coro, Pamela Escudero, Andrea Cajas, Vanesa Figueroa, Hipatia Zambrano, Javier Caicedo, Edwin Colcha, Claudio Guerrero, Aura Martínez y Andrés Pretel.

³³ Dirección Provincial de Pichincha, Consulta de causas, <http://www.funcionjudicial-pichincha.gov.ec> consultas realizadas entre 1ro de agosto al 31 de octubre de 2010.

³⁴ Hay que precisar que la base de datos consultada no es alimentada por la totalidad de judicaturas (juzgados y salas). Además del total de número de casos que aparecían en la base de datos de la Dirección Provincial de Pichincha a la fecha del proceso de codificación, solo un 57.32 % de los casos incluían información. Lo que evidencia la necesidad de mejorar sustancialmente este valioso sistema de difusión. La presente investigación es por tanto una aproximación estadística que utilizó toda la información

estos datos realizada por abogados estudiantes de posgrado de la Universidad Andina Simón Bolívar fue luego revisada por docentes de la Universidad

La investigación se circunscribe a Pichincha debido a que la Función Judicial no cuenta con una base nacional de consulta en línea³⁵, y tampoco las páginas de internet de las cortes provinciales contemplan la posibilidad de hacer una revisión por materia y en concreto sobre garantías constitucionales. Ello evidencia el déficit todavía persistente en el sistema de administración de justicia para garantizar el efectivo acceso a la información pública.

Aunque la investigación se limita solo a la provincia de Pichincha, varios de sus resultados probablemente son generalizables a otras provincias o a nivel nacional, puesto que existe información cualitativa que apunta en tal sentido. Considerando que la Constitución del 2008 eliminó la apelación de los procesos de garantía ante el Tribunal o Corte Constitucional, y transfirió la competencia para conocer de estas apelaciones a las Cortes Provinciales, es necesario observar el funcionamiento de las garantías al ser conocidas por los jueces de primera instancia y ante estas cortes. La investigación realiza un primer esfuerzo en esta dirección.

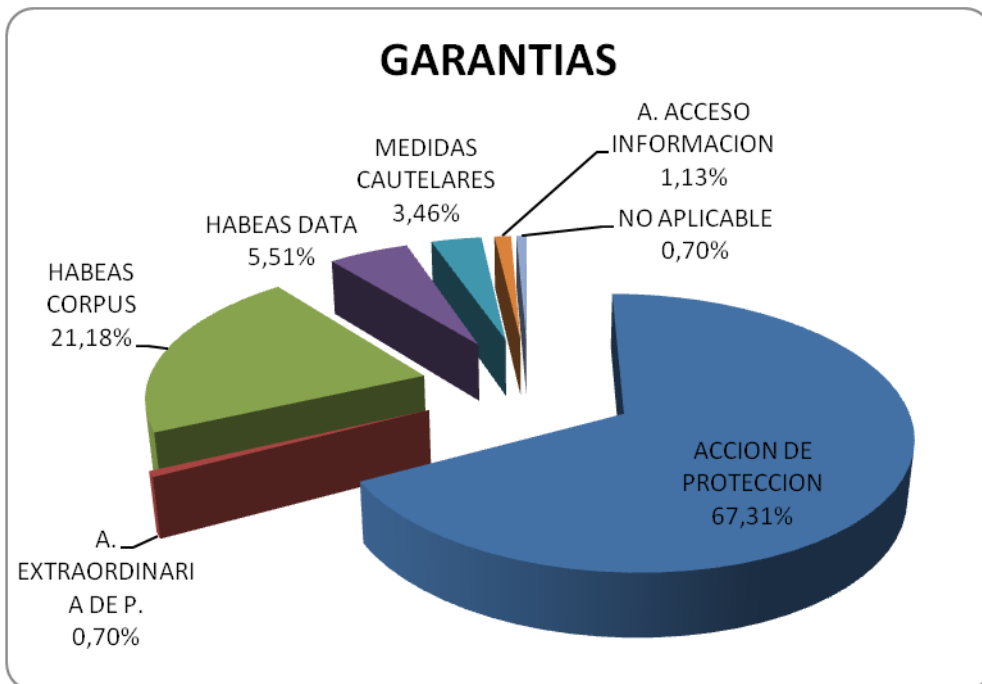
Garantías más utilizadas

El siguiente gráfico ilustra en términos porcentuales la frecuencia de utilización de cada una de las garantías constitucionales. La acción de protección es la garantía a la que más recurren las personas, como se evidencia en el gráfico 1, pues prácticamente siete de cada diez procesos de garantías corresponden a acciones de protección.

GRÁFICO No. 1

pública disponible y la cotejó con criterios cualitativos provenientes de experiencias con casos, información de prensa, datos cuantitativos anteriores y criterios técnicos jurídicos.

³⁵ Vía petición de Información pública la Universidad Andina Simón Bolívar, a través del Programa Andino de Derechos Humanos, solicitó al Consejo de la Judicatura, con fecha 14 de octubre de 2010, información nacional sobre garantías constitucionales. Al cierre de este informe, octubre de 2010, tan sólo se recibió 7 respuestas de judicaturas de provincia, que proporcionaron datos aislados y no sistemáticos sobre la utilización de estas garantías, particularmente acción de protección y hábeas corpus. De esta forma, el estudio tuvo que circunscribirse a la única fuente que existe en el país, con información sobre el trámite de garantías jurisdiccionales, y que se encuentra en Pichincha.



Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

En cierto sentido, con la nueva Constitución, la acción de protección reemplazó al amparo, al menos en cuanto protege una amplia gama de derechos constitucionales. Podría pensarse entonces que es natural este fuerte predominio en el número de procesos constitucionales de este tipo respecto a otras garantías. Sin embargo, este argumento no se sostiene pues como veremos, la propia acción de protección también tiende a concentrarse en unos pocos tipos de derechos. En consecuencia, puede plantearse la hipótesis de que otras garantías están siendo comparativamente subutilizadas pues ninguna de ellas alcanzan más del 6 % del total de procesos, exceptuando el habeas corpus, que es la segunda garantía más utilizada seguida del habeas data.

En efecto, este poco uso de las acciones de hábeas data y acceso a la información pública posiblemente se debe al escaso conocimiento de la población sobre estas garantías, su desconfianza en los jueces y, en cuanto al derecho a acceder a la información pública, devala incluso los límites en la práctica de de los procesos de veeduría ciudadana, previstos en el nuevo marco constitucional.

En cuanto a la acción extraordinaria de protección, hay que anotar que aunque no se resuelve ante jueces de primera instancia, el hecho de que el artículo 62 de la LGJCC disponga que la acción se presente ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión judicial definitiva, para su remisión a la Corte Constitucional, permite arrojar algunos datos sobre el grado de frecuencia de su utilización. Hay que aclarar que la

competencia para decidir sobre el fondo en esta acción es privativa de la Corte Constitucional. De acuerdo a la información contenida en el gráfico 1, las acciones extraordinarias de protección representan apenas el 0.70 % del total de procesos constitucionales.

Llama también la atención la condición marginal de las medidas cautelares (3.46 %), las cuales pese a tener hoy un mayor desarrollo normativo constitucional y legal y un trámite mucho más sencillo y expedito no evidencian mayor utilización como procesos autónomos.

Esta marginalidad de las medidas cautelares es aun más significativa considerando que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) residualizó la acción de protección, con lo cual deberíamos observar una mayor utilización de estas medidas urgentes y temporales para suspender o evitar daños inminentes y graves provenientes de la violación de un derecho constitucional.

Al examinar varios procesos se evidenció en los accionantes una confusión de la acción de protección con las medidas cautelares, pues éstas a veces se invocan como idénticas a las primeras o como parte necesariamente integrante de la acción de protección³⁶.

Por otra parte, como lo muestra el Gráfico 2, la mayoría de peticiones de medidas cautelares son negadas y apenas un 12,5% son aceptadas. El número restante corresponden a declaratorias emitidas por los jueces sobre desistimientos voluntarios, inhibiciones³⁷ e improcedencia³⁸.

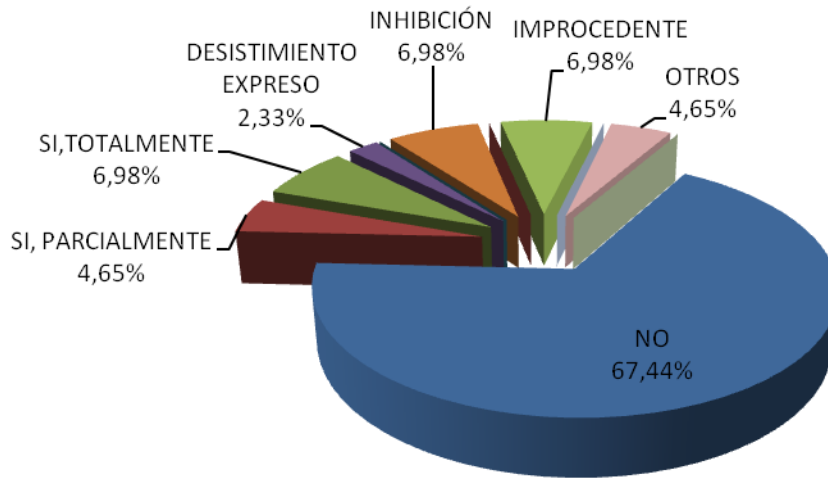
GRÁFICO No. 2

³⁶ El artículo 87 de la Constitución establece que las medidas cautelares se podrán ordenar conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos.

³⁷ En los casos en que por razón de territorio se consideraba que no eran competentes.

³⁸ Decisiones judiciales mediante las cuales no se admite a trámite la medida solicitada por considerar que no se ajusta a los preceptos constitucionales y legales. Lo curioso en este caso es que no se resolvía en sentencia, sino mediante providencia o razón al avocar conocimiento de la causa.

DECISIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES



Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

Esta alta negativa de medidas cautelares puede deberse en parte a que estas eran innecesarias y los jueces las denegaron, pero otra posibilidad, ésta más preocupante, es la de que los jueces no estén brindando una adecuada protección de derechos. En el nuevo diseño constitucional y legal las medidas cautelares son procedimientos inmediatos y efectivos para evitar o cesar la violación de derechos. Su trámite es rápido y efectivo. Es necesario entonces que los ciudadanos las conozcan y usen en mayor grado, pues como vimos representan apenas un 3.46 % de los procesos constitucionales, también es necesaria una investigación más detallada de cómo están decidiendo los jueces respecto a las mismas.

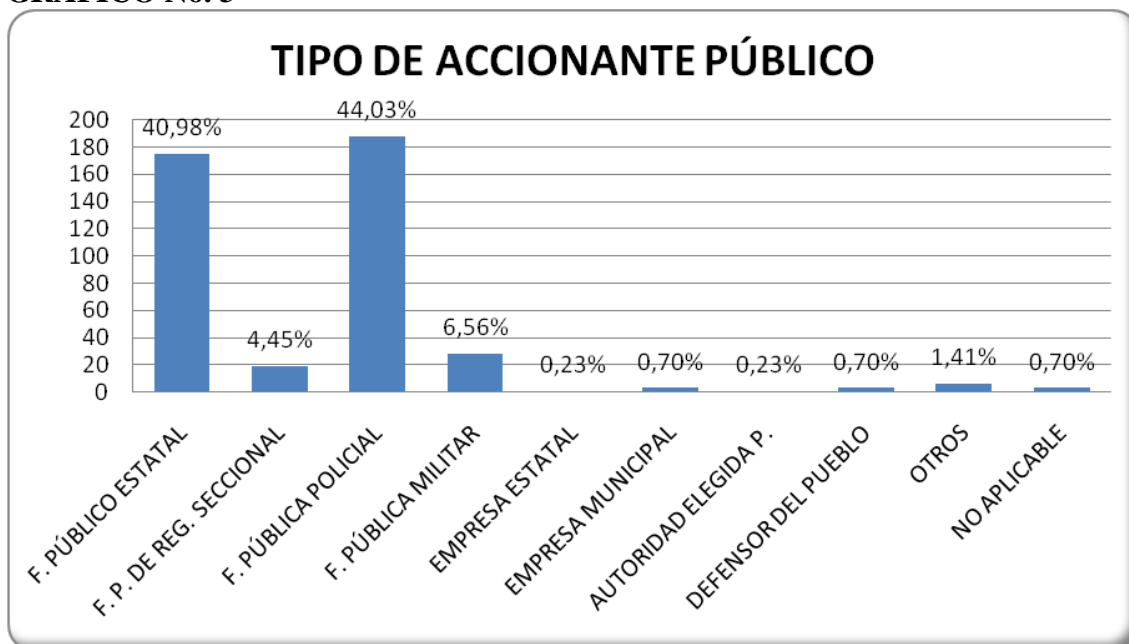
En definitiva las tres garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución de 1998 continúan siendo las más utilizadas bajo la Constitución del 2008.

Carácter individual o colectivo

Como se muestra más adelante, la mayoría de accionantes provenientes del sector público son funcionarios, policías y militares que interponen individualmente acciones de protección y otras garantías jurisdiccionales. A este respecto caben al menos dos hipótesis. La una es la de que la justicia constitucional opera como una justicia administrativa debido a que ésta no ha desarrollado en el país acciones procesales eficaces y adecuados. La otra hipótesis es la de que especialmente la policía y la administración pública incurren de forma recurrente, prácticamente estructural, en la

violación de derechos constitucionales de sus propios funcionarios. En todo caso llama la atención que otros tipos de accionantes y la defensa de otros derechos no activen en mayor medida las garantías. Resulta también preocupante el bajo nivel de interposición que registra el Defensor del Pueblo, quien tiene el mandato constitucional de activar las garantías jurisdiccionales. Sin embargo, un hecho a destacar es que a diferencia de años anteriores, en donde prácticamente no promovía la utilización de garantías, ahora está empezando a activarlas.

GRÁFICO No. 3

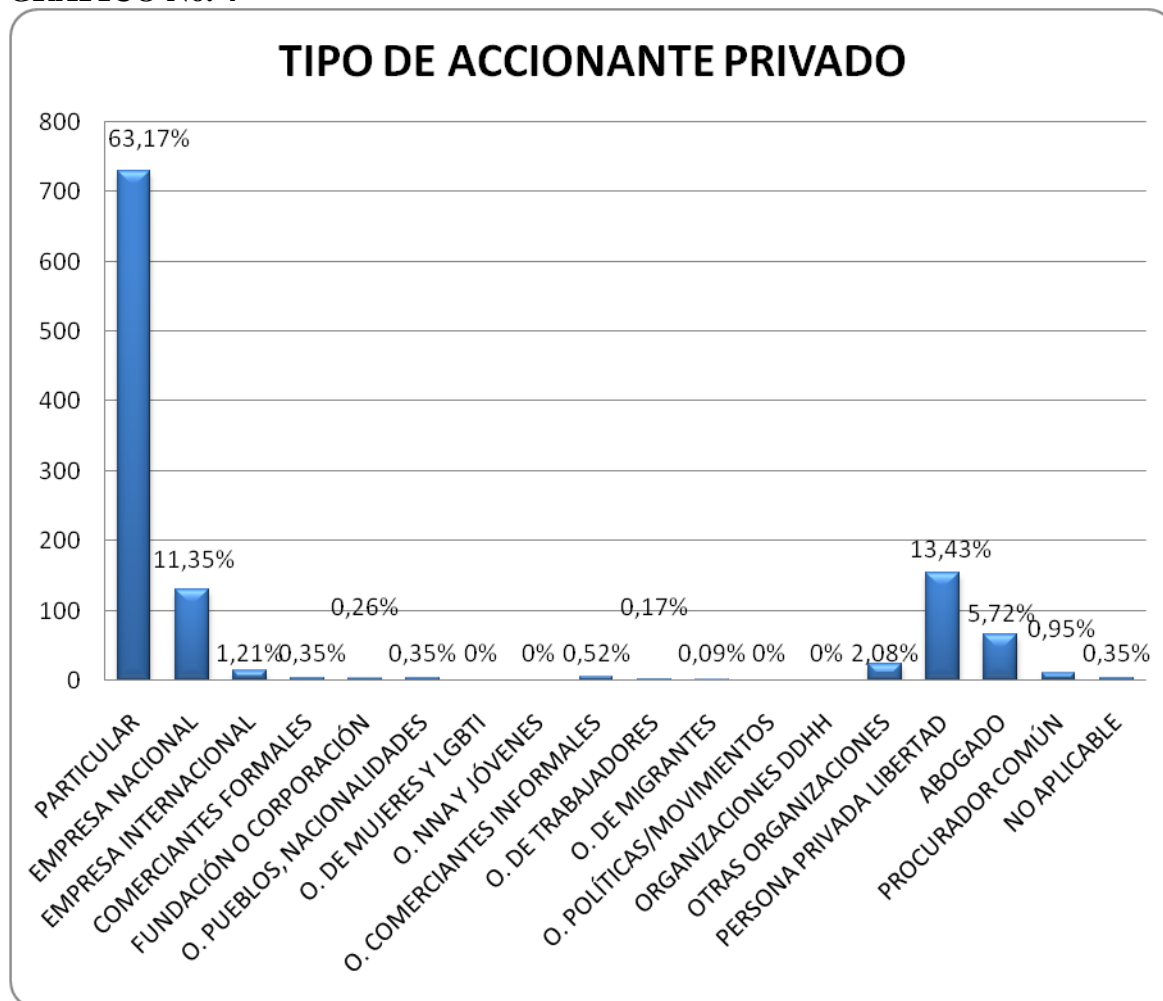


Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

Al analizar en cambio a los accionantes que provienen de fuera del sector público, se observa, como lo muestra el siguiente cuadro, que una gran mayoría son particulares mientras que las organizaciones sociales (sindicatos, asociaciones, organizaciones profesionales, organismos de derechos humanos, ongs, etc.) hacen un uso muy marginal de las garantías. Ciertamente, cuando estos grupos recurren a las garantías lo hacen en nombre de una pluralidad de personas, así que en un solo proceso constitucional pueden estar involucrados muchas personas, pero aún bajo esta consideración la desproporción entre el número de acciones interpuestas por individuos y colectivos es bastante marcada. Así por ejemplo, al menos en la muestra utilizada, los pueblos y nacionalidades, las organizaciones de mujeres y GLBT, de niños y jóvenes, de trabajadores o migrantes no hacen o casi no hacen uso de las garantías. Curiosamente, las empresas y los comerciantes formales e informales hacen mayor uso de estas garantías que las organizaciones sociales antes mencionadas.

GRÁFICO No. 4



Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

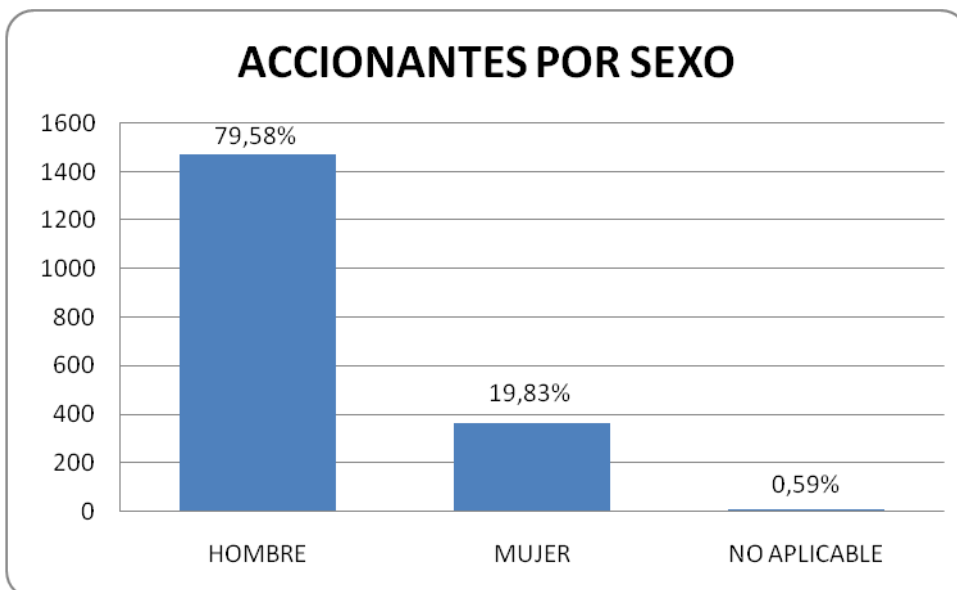
Elaborado por: Alex Valle, 2010

Estos datos revelan que el modelo procesal constitucional y la propia cultura constitucional continúan centrados en una visión individualista y privada pese a que la Constitución establece formas de titularidad y defensa colectiva de derechos. En efecto, un 76,60 % de estos accionantes corresponden a particulares y personas privadas de la libertad.

Género y Garantías

Hay una diferencia notoria entre el número de accionantes hombres y mujeres. Como puede apreciarse en el Gráfico 5, el cual comprende todas las garantías jurisdiccionales incluidas en este estudio, y muestra que ocho de cada diez accionantes son hombres.

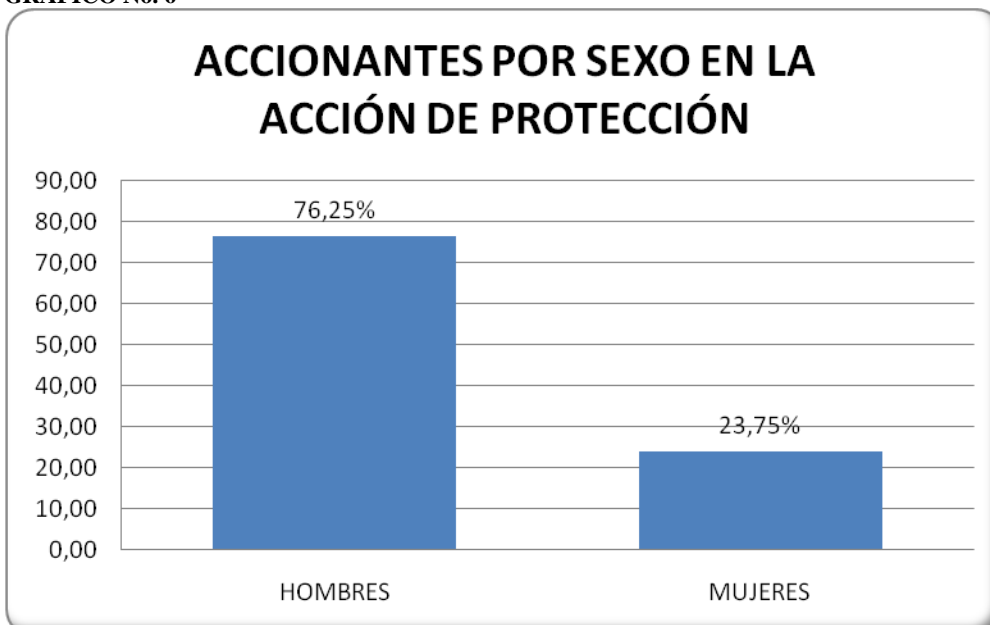
GRÁFICO No. 5



Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010
 Elaborado por: Alex Valle, 2010

Esta diferencia se mantiene al realizar un análisis por cada garantía jurisdiccional, como se evidencia en los Gráficos 6 y 7. En el caso de la acción de protección, por ejemplo, 76.25 % de los accionantes son hombres, lo cual probablemente se debe a que un alto número de acciones de protección son interpuestas por policías y militares, entre los cuales hay un claro predominio cuantitativo de hombres.

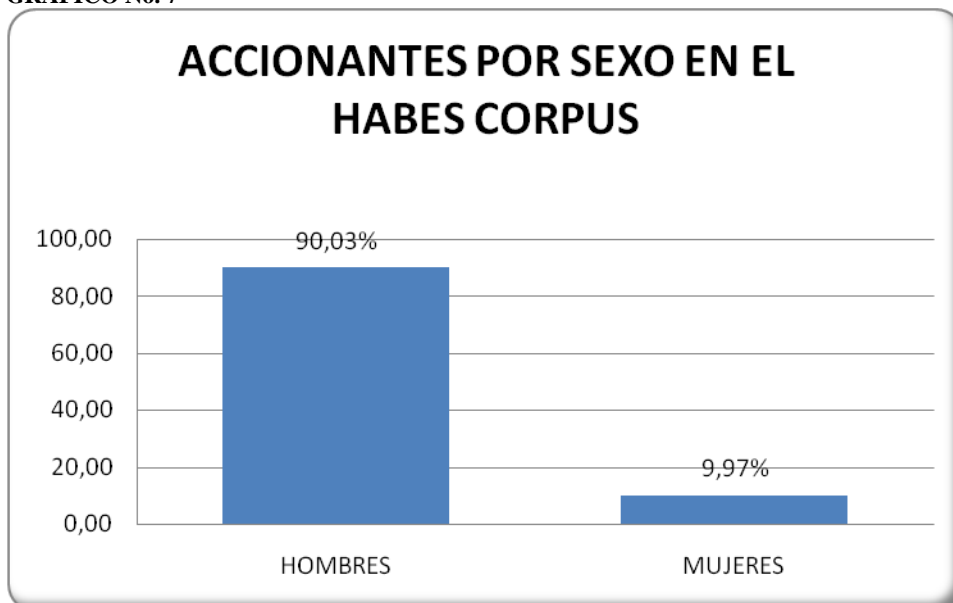
GRÁFICO No. 6



Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010
 Elaborado por: Alex Valle, 2010

También en el caso del habeas corpus un 90.03 % de los accionantes son hombres, este predominio puede explicarse al menos parcialmente en el hecho de que alrededor de un 40 % de estos habeas corpus tienen relación con detenciones de padres varones que no han cumplido con las obligaciones alimentarias de sus hijos e hijas menores de edad.

GRÁFICO No. 7



Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

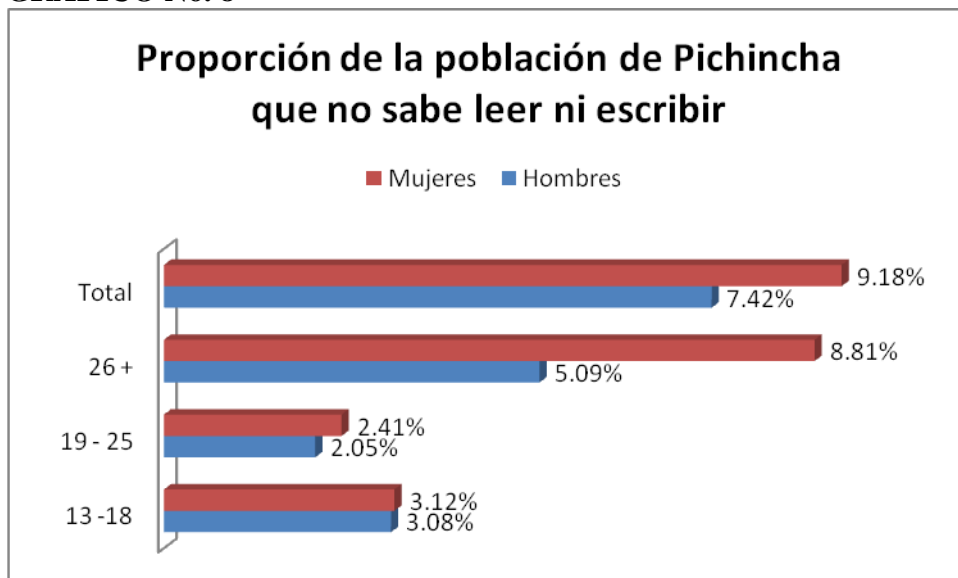
Elaborado por: Alex Valle, 2010

Por otro lado, contribuyen a esta brecha desventajas de las mujeres en las condiciones de acceso a la justicia así como prácticas discriminatorias en el sistema judicial.

En todo caso, es muy preocupante que el uso de las garantías jurisdiccionales este tan desproporcionadamente concentrado en la población masculina. Como se indicó, las garantías son un mecanismo clave de defensa de los derechos, y si las mujeres no hacen uso de tales garantías esto evidencia graves problemas de acceso a la justicia o concentración de estas garantías en violaciones de derechos que afectan principalmente a hombres. En ambos casos se produce una situación discriminatoria respecto al sexo femenino.

En efecto, para citar algunas cifras que pueden ayudar a explicar esta diferencia de condiciones de acceso a la justicia, en la Provincia de Pichincha un 9.18 % de mujeres no sabe leer y escribir comparado con un 7.42 % de hombres en la misma situación. Esta brecha se acrecienta en la brecha de edad mayor a los 26 años como puede apreciarse en el siguiente gráfico.

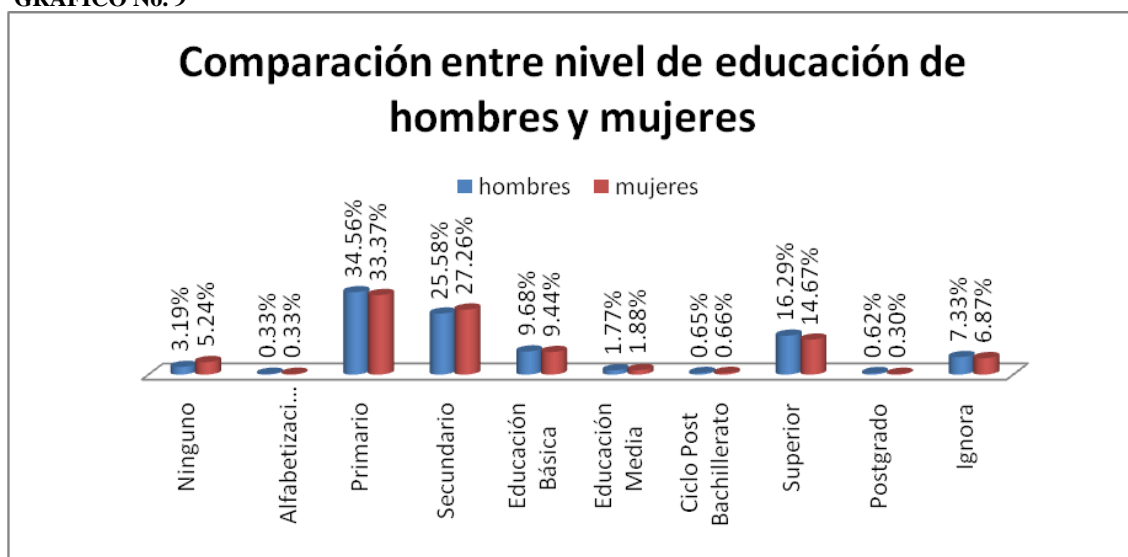
GRÁFICO No. 8



Fuente: INEC, VI Censo de Población y V de Vivienda 2001, proyectados.³⁹

Cuando se examinan los niveles de educación de mujeres y hombres, también se evidencia un predominio masculino en los niveles de educación superior y de posgrado.

GRÁFICO No. 9



Fuente: INEC, VI Censo de Población y V de Vivienda 2001, proyectados.⁴⁰

Carga Procesal y Garantías

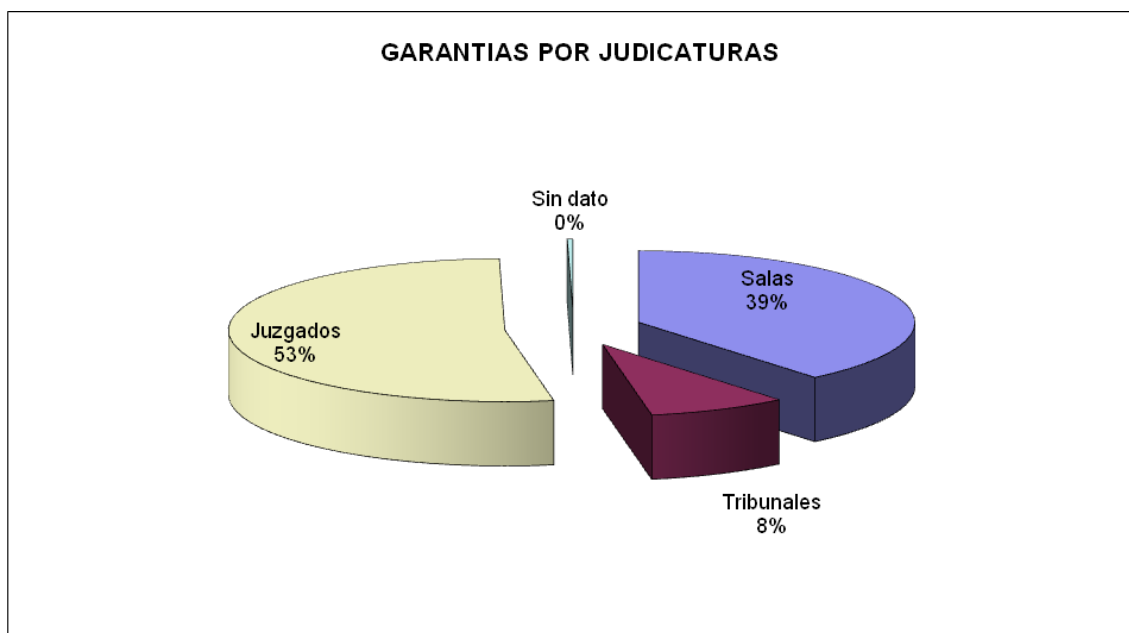
³⁹ Instituto Nacional de Estadística y Censos, VI Censo de Población y V de Vivienda 2001, procesado por REDATAM +SP, CEPAL/CELADE 2003-2007, en <http://157.100.121.12/cgibin/RpWebEngine.exe/PortalAction?&MODE=MAIN&BASE=CPV2001&MAIN=WebServerMain.inl>

⁴⁰ Instituto Nacional de Estadística y Censos, VI Censo de Población y V de Vivienda 2001, procesado por REDATAM +SP, CEPAL/CELADE 2003-2007, en <http://157.100.121.12/cgibin/RpWebEngine.exe/PortalAction?&MODE=MAIN&BASE=CPV2001&MAIN=WebServerMain.inl>

Con frecuencia en los medios judiciales se afirma que la atribución constitucional de competencias a la justicia ordinaria para resolver los procesos de garantía ha aumentado a niveles inmanejables la carga procesal de jueces y tribunales, los cuales además de atender un número ya excesivo de procesos ordinarios, deben ahora también resolver estos numerosos procesos constitucionales.

El siguiente cuadro presenta datos respecto al porcentaje de procesos constitucionales que en el periodo de estudio han sido conocidos por jueces, salas y tribunales en la Provincia de Pichincha. Como puede apreciarse, en términos absolutos los jueces de primer nivel son los que han conocido el 53 % de los 1851 casos analizados, seguidos por las salas (39 %) y tribunales (8 %). Es decir el mayor volumen de procesos constitucionales se concentra en los jueces de primer nivel, y disminuye en las Cortes Provinciales, las cuales generalmente conocen solo apelaciones de las sentencias dictadas por aquellos jueces.

GRÁFICO No. 10



Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

Sin embargo, en términos relativos y dado el número mucho menor de salas de la Corte Provincial en comparación al número de juzgados de primer nivel, la concentración de causas constitucionales es mucho mayor en las cortes provinciales, como muestra el cuadro que aparece a continuación. En efecto, al calcular el promedio mensual de procesos constitucionales decididos por una sala de la Corte Provincial este es seis veces mayor (10.3) que el número de procesos resuelto por un juez de primer nivel o

por un tribunal (1.7 en ambos casos). Según estos datos los jueces de primer nivel apenas resuelven de uno a dos procesos constitucionales mensuales, con lo cual queda sin ningún sustento empírico la afirmación de una supuesta saturación de procesos constitucionales entre los jueces de primer nivel. Por el contrario, estos jueces y tribunales continúan dedicando un tiempo y esfuerzo muchísimo mayor al conocimiento de procesos ordinarios antes que al de procesos constitucionales. Las garantías continúan siendo marginales en relación al total de causas conocidas por estos jueces.

Cuadro 1
Garantías por Judicaturas

Judicatura	Nro Judic	Casos	Promedio por judicatura	Promedio mensual período
Salas	7	722	103.1	10.3
Tribunales	9	151	16.8	1.7
Juzgados	57	972	17.1	1.7
Sin dato	0	6		
Totales	73	1851		

Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

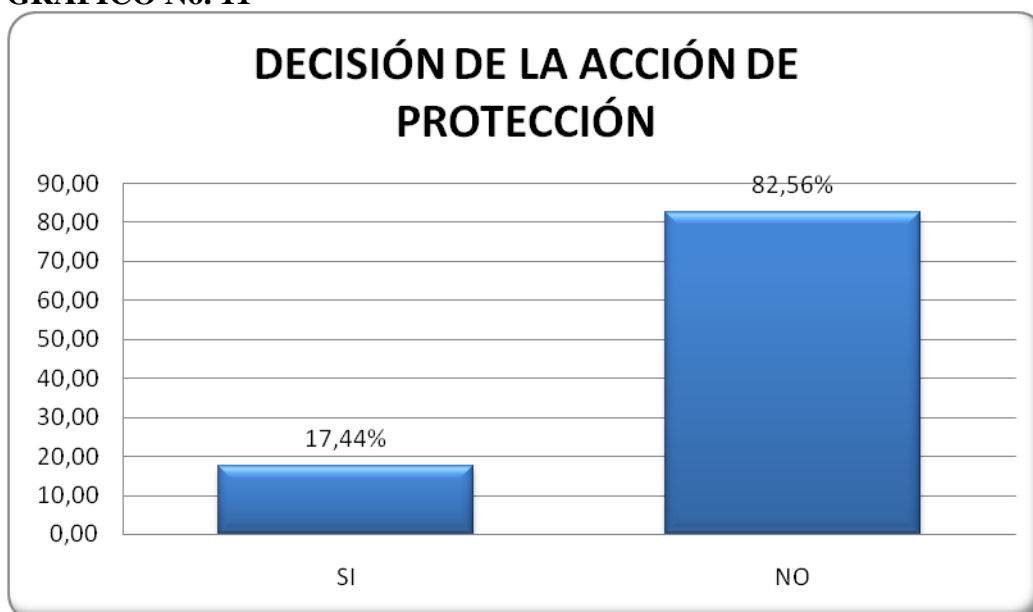
Elaborado por: Gina Benavides, PADH, 2010

Acción de Protección

Una crítica reiterada a la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LGJCC) ha sido la de que restringe inconstitucionalmente la acción de protección al volverla residual, es decir al exigir que primero se agoten otras acciones y recursos procesales que no necesariamente son adecuadas y eficaces (recurso ágil, sencillo y gratuito) para la defensa de derechos constitucionales como la acción de protección.

La información que aparece en el siguiente gráfico muestra justamente una alta tasa de rechazo de acciones de protección que puede explicarse en buena parte por la situación mencionada. De cada diez acciones de protección, alrededor de ocho son rechazadas. En muchos de estos casos los jueces argumentan que el accionante tiene otras vías judiciales para reclamar, y en consecuencia rechaza la acción.

GRÁFICO No. 11



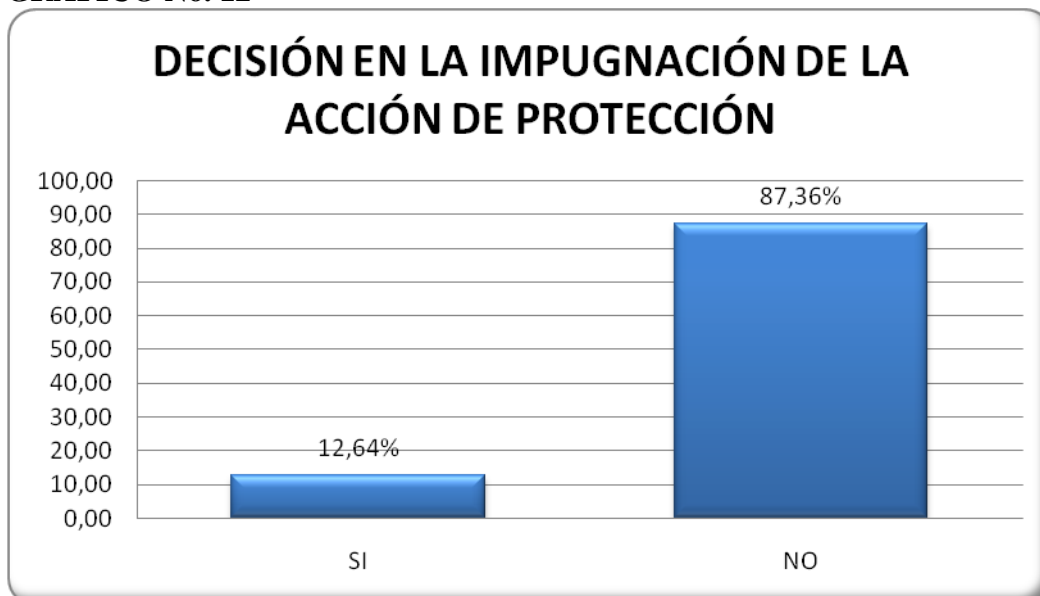
Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

El Gráfico 12, muestra que la Corte Provincial parece seguir el mismo patrón decisorio de fuerte restricción a esta garantía, puesto que al conocer las apelaciones de los accionantes a las sentencias de los jueces de instancia, registra también altas tasas de rechazo, pues niega casi nueve de cada diez apelaciones⁴¹.

⁴¹ Esta tasa de rechazo es mayor a la que registraba el Tribunal Constitucional para apelaciones de amparo en el periodo 1997-2004, la cual era del orden del 63.92 %. Véase Ministerio de Justicia, Diagnóstico sobre la Ley Orgánica de Control Constitucional, op. cit.

GRÁFICO No. 12



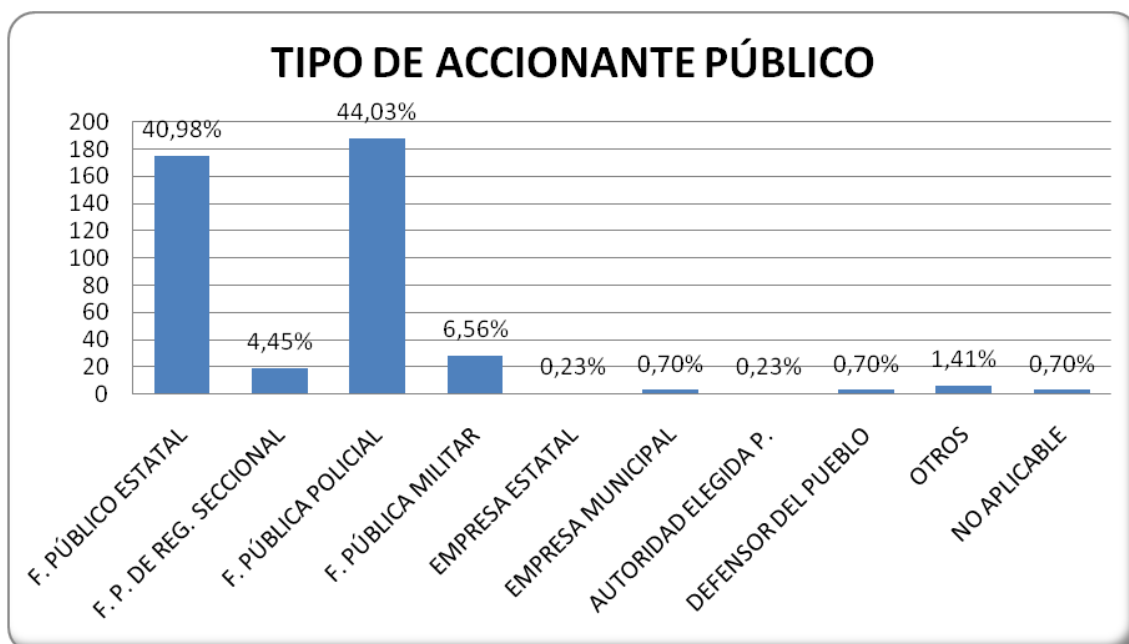
Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

Esta situación es altamente preocupante pues viene a significar una mayor desprotección de las personas en sus derechos constitucionales. Una situación fuertemente paradójica si consideramos que la Constitución del 2008 fortalece ambos, derechos y garantías.

El siguiente gráfico muestra que entre los accionantes que laboran en el sector público, la mayoría son policías, militares y empleados públicos. En general, la mayoría de acciones de protección, al igual que sucedía con el amparo, se refieren a sanciones disciplinarias o administrativas a policías, militares y empleados públicos, generalmente decisiones para darles de baja en el caso de los primeros y destituciones en el caso de empleados públicos.

GRÁFICO No. 13



Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

En efecto, continua siendo común que en los procesos disciplinarios policiales y militares se juzgue y sancione varias veces al funcionario por la misma infracción, se disminuya o impida su derecho a la defensa, se decida sin suficiente motivación, y en general se violen las normas del debido proceso constitucional. Sin duda, esta falta de constitucionalización de las decisiones disciplinarias y administrativas en estas instituciones, y en especial de la Policía Nacional, contribuye a su desinstitucionalización, con las secuelas políticas que venimos observando, incluyendo la sublevación policial del 30 de Septiembre pasado del 2010. No dejan, sin embargo, de dictarse sentencias emblemáticas como la relativa a la orden de reincorporación de mujeres cadetes al Colegio Militar Eloy Alfaro, las cuales habían sido expulsadas por estar embarazadas configurando así una franca discriminación.

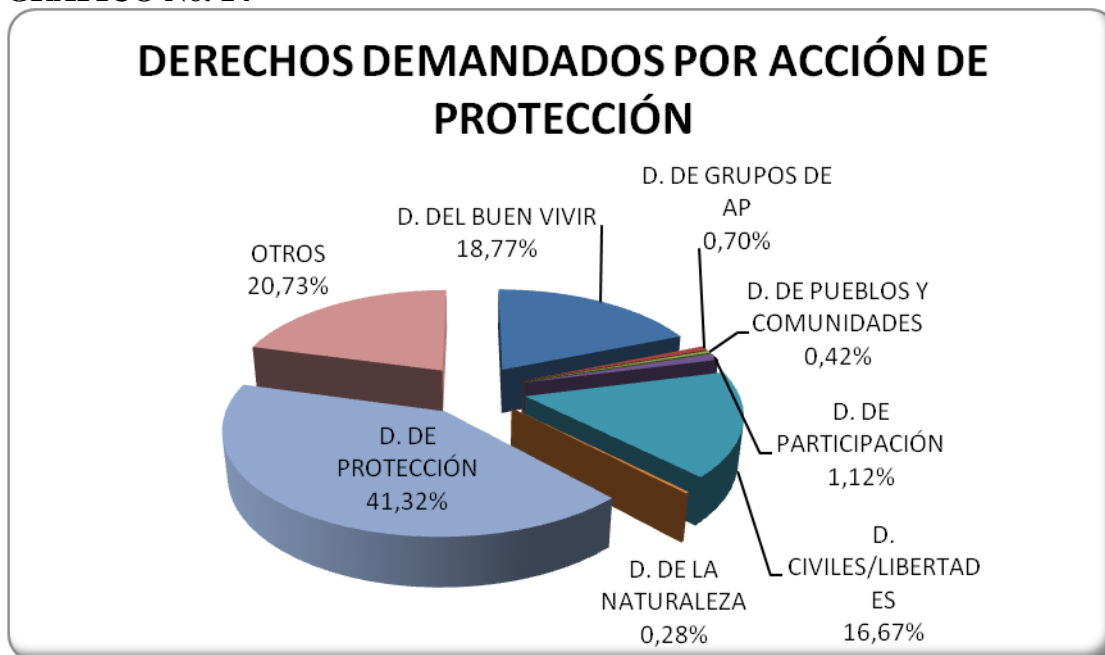
En cuanto a los empleados públicos, tanto del gobierno central como de gobiernos locales y entidades públicas autónomas, el examen cualitativo de los casos revela que son frecuentes las violaciones a la estabilidad laboral mediante reiterados contratos ocasionales y violaciones al derecho a la igualdad debido a la falta de homologaciones salariales, o a las faltas de pago por jubilación anticipada. En el 2010, estos casos fueron muy frecuentes y tuvieron como base la demanda de cumplimiento de los mandatos constitucionales 2, 4 y 8 que justamente regularon estas prácticas.

El reiterado predominio de estos casos de funcionarios públicos se evidencia también al examinar los tipos de derechos cuyo amparo se requiere mediante acción de protección. Como puede apreciarse en el siguiente cuadro, el porcentaje más importante de los mismos tiene que ver los llamados derechos de protección, es decir con derechos relativos al debido proceso⁴², mientras otros tipos de derechos como los civiles (derechos de libertad) y sociales (derechos del buen vivir) registran porcentajes por debajo de la mitad del de los derechos de protección.

Aunque la principal invocación hecha por los accionantes es al debido proceso, éstos sostienen con frecuencia que la violación a éste deriva en afectaciones a derechos del buen vivir como trabajo, seguridad social y educación; y libertades como las de igualdad y no discriminación. En efecto, el derecho al debido proceso es a su vez instrumento para la defensa de todos los demás derechos constitucionales, los cuales en Ecuador generalmente adolecen de un insuficiente desarrollo de sus contenidos en términos legislativos y jurisprudenciales. Este último vacío podría también explicar la preponderancia del debido proceso como derecho reclamado, pues este se haya comparativamente más desarrollado en su contenido a nivel constitucional, legal e incluso reglamentario.

⁴²Se mantiene así la tendencia detectada en el periodo 1997-2004 entre los amparos en apelación ante el Tribunal Constitucional, en que entre estos amparos por violaciones de derechos civiles un 47.62 % correspondían a violaciones al debido proceso. Ver Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Diagnóstico sobre la Ley Orgánica de Control Constitucional en el Ecuador, Consultoría Nro. CDC-017-MJDH-2008.

GRÁFICO No. 14

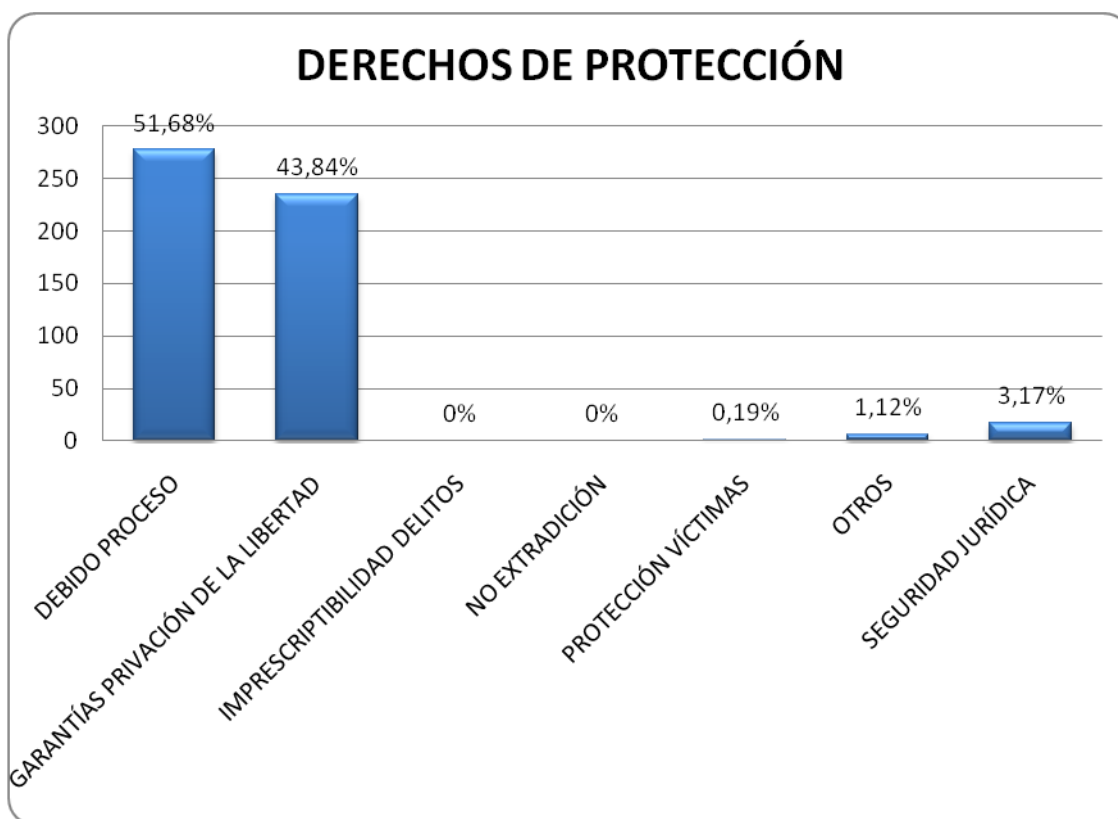


Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

De hecho, como se evidencia en el siguiente cuadro, si examinamos los tipos de derechos de protección reclamados mediante las garantías constitucionales en general, podemos observar que el debido proceso supera incluso las violaciones a las garantías por privación de la libertad, fundamentalmente protegidas por el habeas corpus. Dicho de otra forma, se producen muchas violaciones al debido proceso distintas a la detención arbitraria de personas, lo cual alerta sobre la existencia de importantes patrones de arbitrariedad en la toma de decisiones administrativas de carácter disciplinario o de gestión por parte de autoridades públicas de diverso orden.

GRÁFICO No. 15

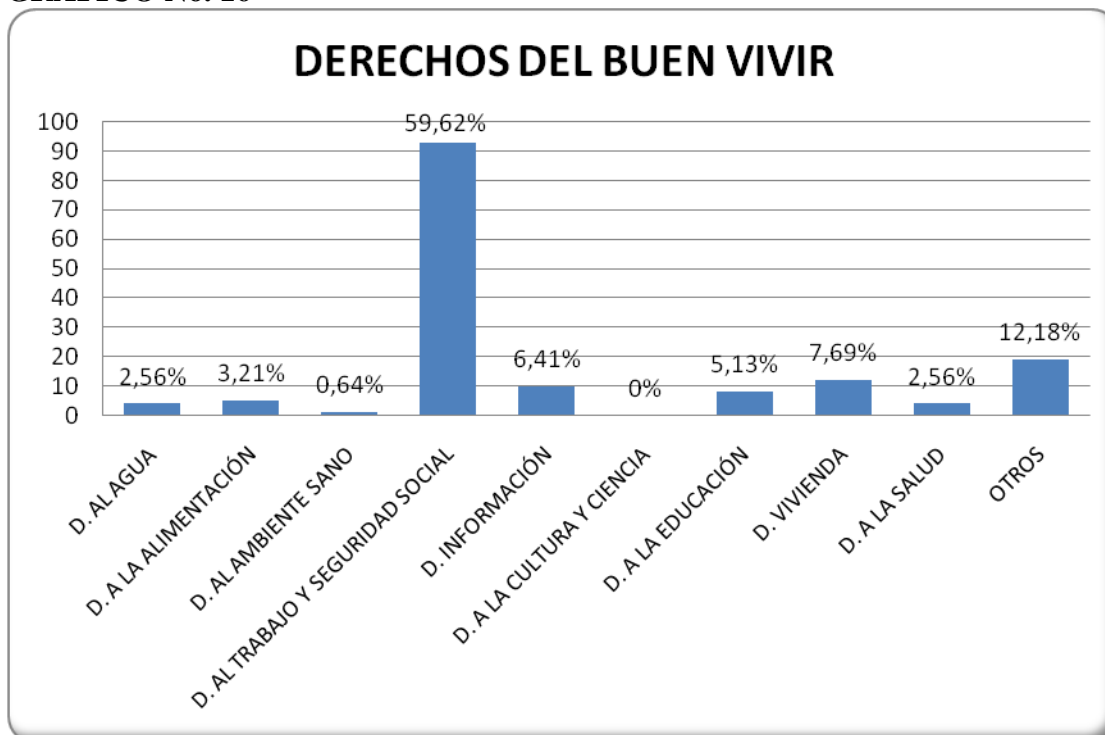


Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

A su vez, entre los derechos del buen vivir predominan los de carácter laboral y relativos a la seguridad social, como lo muestra el Gráfico 16. En contraste, la violación a otros derechos, especialmente sociales, sobre los cuales hay graves deficiencias en el país, no son reclamados vía acción de protección.

GRÁFICO No. 16

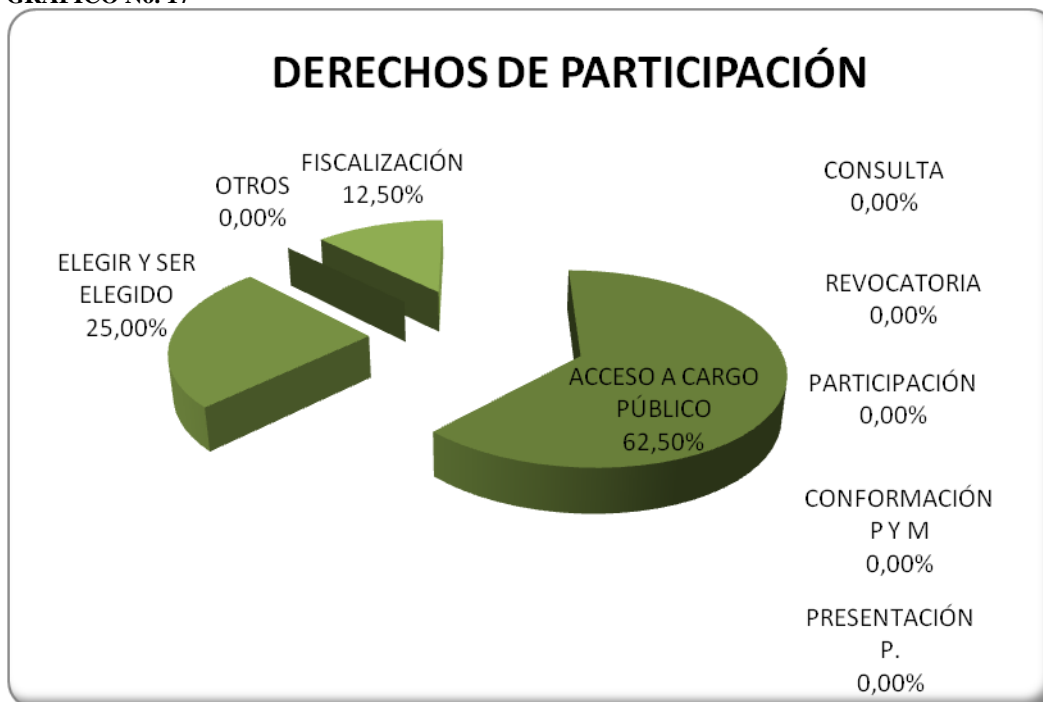


Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

Esta tendencia se visualiza también al observar los tipos de derechos de participación que son objeto de mayor número de reclamos. En efecto el siguiente cuadro se muestra que derechos constitucionales de participación son los más reclamados; entre estos, nuevamente, el derecho a acceder a funciones públicas se destaca incluso sobre derechos electorales u otros derechos de participación.

GRÁFICO No. 17



Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

Esta situación revela dos continuidades respecto a lo sucedido bajo la Constitución de 1998: 1) que las Fuerzas Armadas y la administración pública continúan siendo espacios institucionales en que se producen frecuentes violaciones a derechos constitucionales, particularmente al debido proceso, garantías de privación de libertad y a derechos laborales. 2) que la acción de protección, como reemplazo del amparo, se utiliza predominantemente para resolver este tipo de casos, muchos de los cuales podrían ser resueltos por una justicia administrativa más ágil y eficiente⁴³, permitiendo así que la acción de protección ampare también en mayor grado otros derechos constitucionales de otros ciudadanos y colectivos.

Es además urgente continuar en la dirección iniciada por la reforma penal militar y policial⁴⁴ con miras a la revisión de su normativa e institucionalidad así como de las de la administración pública, a efectos de constitucionalizar actuaciones y procedimientos. En esa misma línea, la jurisprudencia de la Corte Constitucional debe realizar una labor

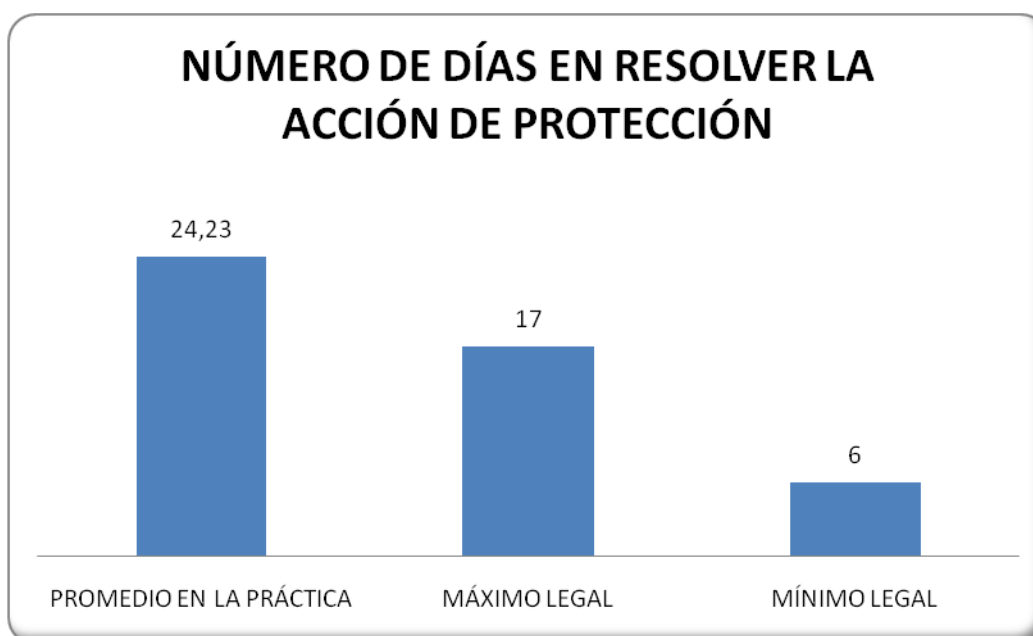
⁴³ El estudio realizado para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para el periodo 1997-2004 estableció que “El amparo en el Ecuador se caracteriza por proteger especialmente derechos laborales de empleados públicos, policías y militares. Estos conflictos no necesariamente implican la violación de derechos constitucionales. En consecuencia, con frecuencia el Tribunal Constitucional ha desempeñado funciones que son propias del Tribunal de lo Contencioso-administrativo”. Ver Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Diagnóstico sobre la Ley Orgánica de Control Constitucional en el Ecuador, Consultoría Nro CDC-017-MJDH-2008.

⁴⁴ Véase referencias en la sección de desarrollos normativos de este informe.

de esclarecimiento a efectos de proveer criterios para la resolución adecuada de casos reiterados, y de diferenciación entre problemas exclusivamente de legalidad y aquellos de violaciones de derechos constitucionales.

En cuanto a los tiempos en que se tramitan las acciones de protección el siguiente gráfico muestra que los jueces resuelven excediendo los máximos legalmente permitidos. Considerando las normas generales sobre garantías que regulan la acción de protección en la LGJCC pueden establecerse tiempos mínimos y máximos para el trámite, en los cuales se incluye en su caso tiempos para calificación de la demanda, para completarla, para convocar a la audiencia, presentar pruebas y dictar sentencia. Los datos muestran que los jueces están excediéndose alrededor de siete días del plazo máximo legal para resolver una acción de protección.

GRÁFICO No. 18



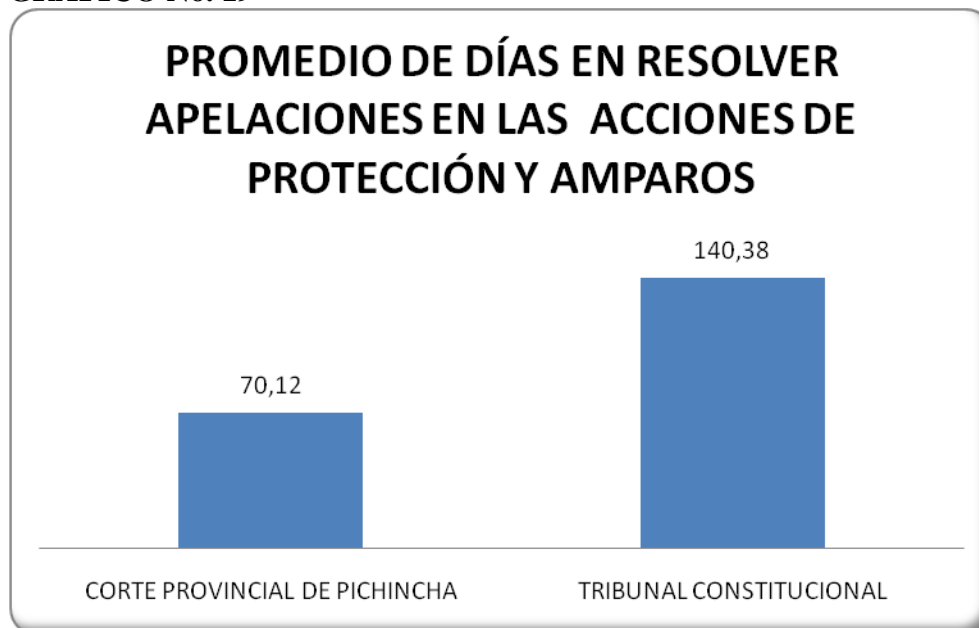
Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

Sin embargo, si comparamos el tiempo promedio que se demoraba una apelación de un amparo ante el Tribunal Constitucional bajo la Constitución de 1998⁴⁵ y lo que se demora en promedio la apelación de una acción de protección ante la Corte Provincial, podremos observar comparativamente mayor agilidad en la tramitación de causas, como ilustra el siguiente gráfico.

⁴⁵ Los promedios para el Tribunal Constitucional fueron tomados de: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Diagnóstico sobre la Ley Orgánica de Control Constitucional en el Ecuador, Consultoría Nro CDC-017-MJDH-2008.

GRÁFICO No. 19



Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

En conclusión, al ser la acción de protección la garantía más utilizada es necesario estudiar en más detalle a que se deben las altas tasas de rechazo que observamos. Puesto que en muchos casos los jueces argumentan que existen otras vías procesales para reclamar, hay que observar que estas vías alternativas son generalmente inadecuadas e ineficaces para reclamar derechos constitucionales. El examen cualitativo de casos revela que con alta frecuencia los jueces y tribunales simplemente mencionan la existencia de vías procesales alternativas para, sin examinar el fondo del asunto, es decir la violación de derechos constitucionales o en general sin mayor argumentación, negar acciones de protección. En principio la Constitución no establece el carácter residual de la acción de protección introducido por la LGJCCC, con lo cual la ligera aplicación de esta disposición de la ley estaría justificando una recurrente restricción de garantías y por tanto de derechos constitucionales. Una mayor agilidad procesal en las apelaciones de esta garantía no representa un avance si ésta se debe a una mayor desprotección de derechos.

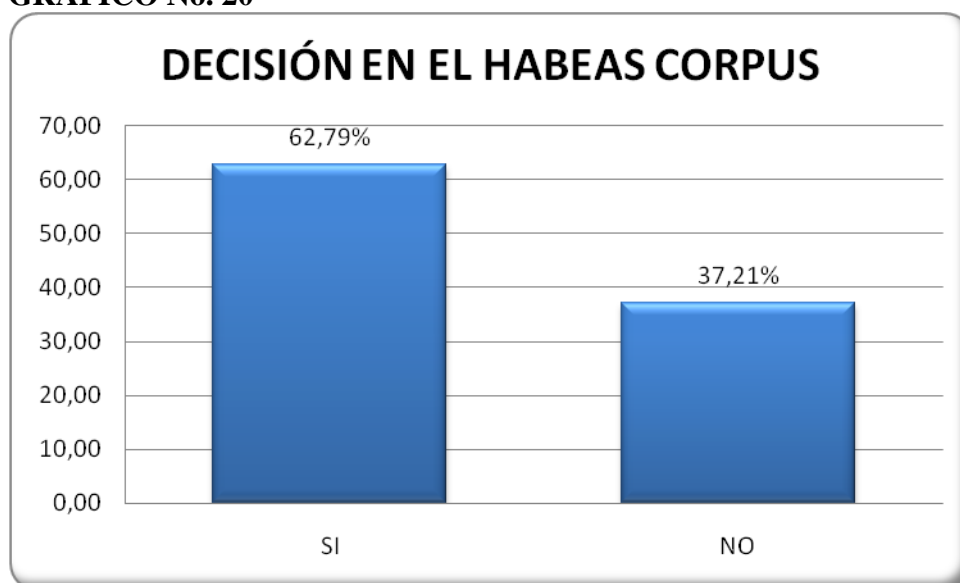
Habeas Corpus

La Constitución del 2008 transfirió la competencia para resolver habeas corpus de los alcaldes y el Tribunal Constitucional a la justicia ordinaria. Esta transferencia se debió a que los alcaldes son autoridades de elección popular, lo cual afectaba su independencia, además con frecuencia los alcaldes excedían los plazos legales máximos para resolver o

no realizaban un examen técnico-jurídico adecuado; al fortalecer el carácter jurisdiccional de esta garantía se buscaba superar o al menos disminuir estas deficiencias.

El habeas corpus es la segunda garantía más utilizada luego de la acción de protección, pues un 21.28 % del total de procesos constitucionales corresponden a esta garantía. Conforme a los datos aquí analizados alrededor de seis de cada diez habeas corpus solicitados son concedidos

GRÁFICO No. 20

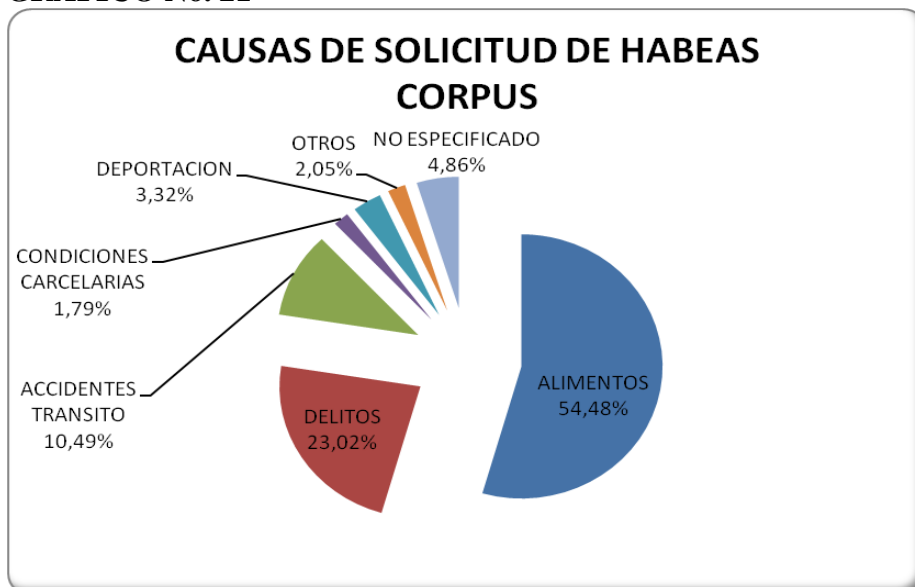


Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

Cómo se indicó anteriormente al examinar las garantías por género 9 de cada 10 habeas corpus son interpuestos por hombres y solo 1 de cada 10 por mujeres, muchos de estos habeas corpus se dirigen contra órdenes de apremio personal por alimentos dictadas por jueces de la niñez y adolescencia o por jueces civiles, en que la privación de libertad del padre ha superado el plazo legal de 30 días, volviéndose indefinida y poniendo así en riesgo su trabajo y el propio derecho a la libertad. El siguiente gráfico ilustra esta preponderancia de los casos de alimentos sobre otros casos de habeas corpus.

GRÁFICO No. 21

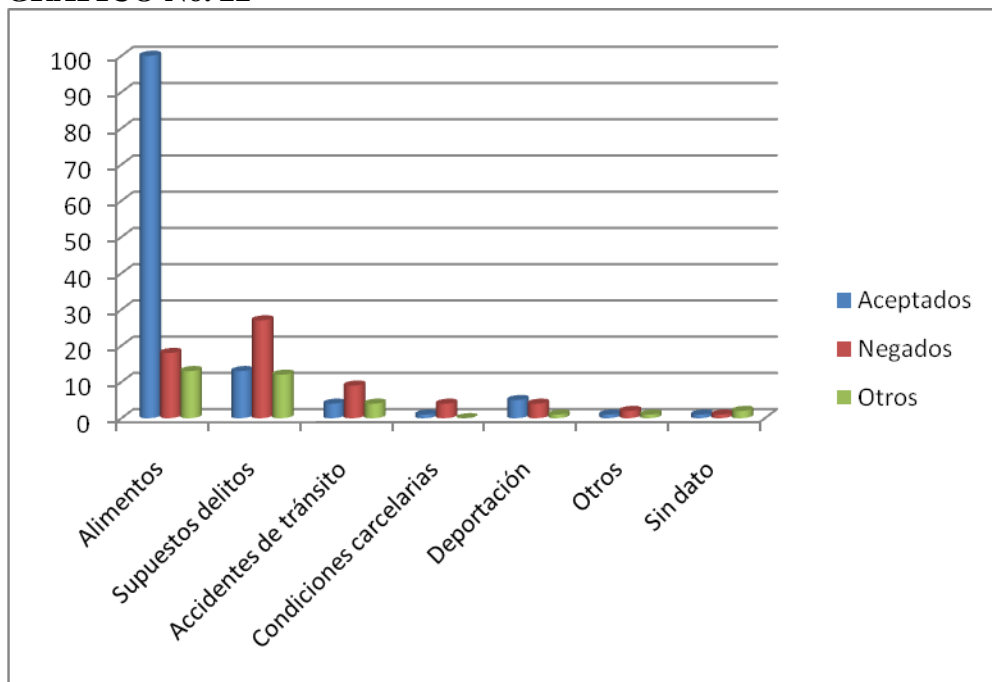


Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

En los casos de alimentos, como muestra el Gráfico 21, los jueces y tribunales tienden a conceder el habeas corpus en un grado mucho mayor que por otras causas, incorporando a veces en las sentencias compromisos para los pagos correspondientes. Empero, no dejan de encontrarse casos en que pese a la falta de comparecencia en la audiencia de quien se encuentra detenido por esta causa no se ordena, conforme a la ley, su inmediata libertad. Es más, hay jueces que aplicando inadecuadamente la figura del desistimiento tácito interpretan así esta falta de comparecencia y niegan el habeas corpus.

GRÁFICO No. 22



Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010
Elaborado por: Alex Valle, 2010

En la categoría de delitos o presuntos delitos se ha agrupado a los casos de personas privadas de su libertad bajo acusación de presuntos delitos, en dos situaciones: a) personas que han sido detenidas en delito flagrante, pero a las que no se las ha puesto dentro de los plazos legales a órdenes de autoridad competente, en estos casos se identifica como autoridad que propicia la detención ilegal a la Policía Judicial o Fiscalía; b) personas que están siendo procesadas por supuestos delitos, cuyo procesamiento ha superado el tiempo establecido por la Constitución.

En la categoría de accidentes de tránsito se incluye a personas privadas de la libertad por haber sido causantes de accidentes de tránsito. Estas personas argumentan estar detenidos más allá de los plazos legales, sin que su situación sea resuelta por juez competente. Generalmente están a órdenes del fiscal.

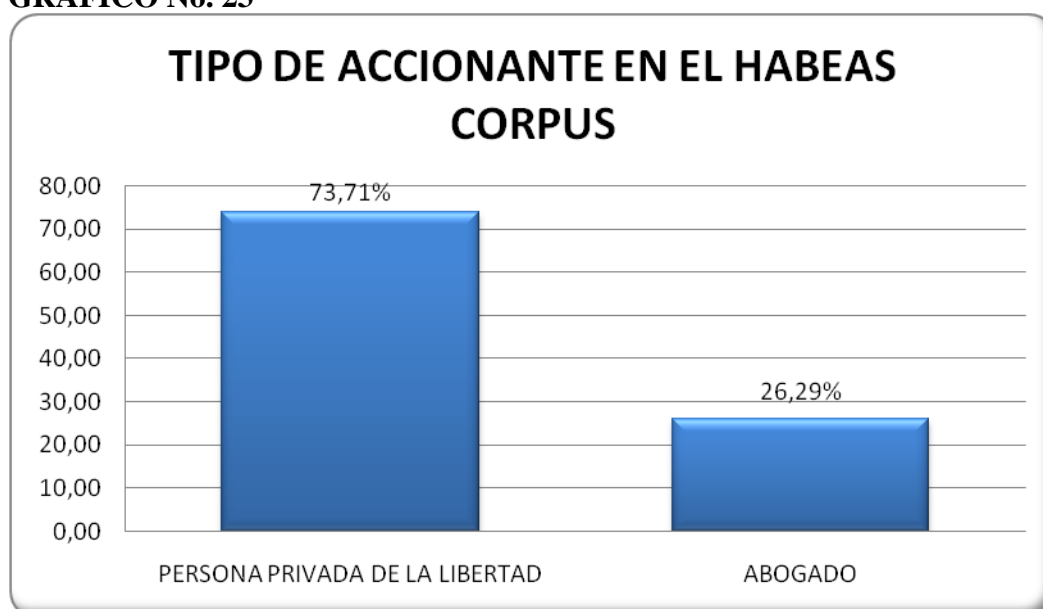
Bajo la denominación de deportación se incluyen a casos de personas no nacionales que han sido privadas de su libertad por encontrarse en situación irregular y que son sometidas a procesos de deportación. Estas detenciones se hacen sin que exista ninguna boleta constitucional de encarcelamiento. Muchas de estas personas permanecen detenidas más allá del plazo constitucional sin que su privación de libertad sea legalizada. Sobre alguna de ellas se ha emitido resolución de deportación sin que se pueda ejecutar por no contar con medios para el traslado fuera del país. Los principales

cuestionamientos que se hacen a esta forma de detención es que criminaliza la migración, da connotación penal a un procedimiento netamente administrativo y contraria los principios constitucionales de ciudadanía universal.

En la categoría otros se incluyen casos de personas privadas de libertad en centros de detención de menores, centros de adicción y por la comisión de contravenciones.

Es también interesante constatar, como aparece en el siguiente gráfico, que esta garantía es con frecuencia directamente interpuesta por las personas afectadas, sin necesidad de recurrir a un abogado, lo cual muestra un funcionamiento más bien informal, conforme corresponde a la mayoría de garantías constitucionales jurisdiccionales.

GRÁFICO No. 23

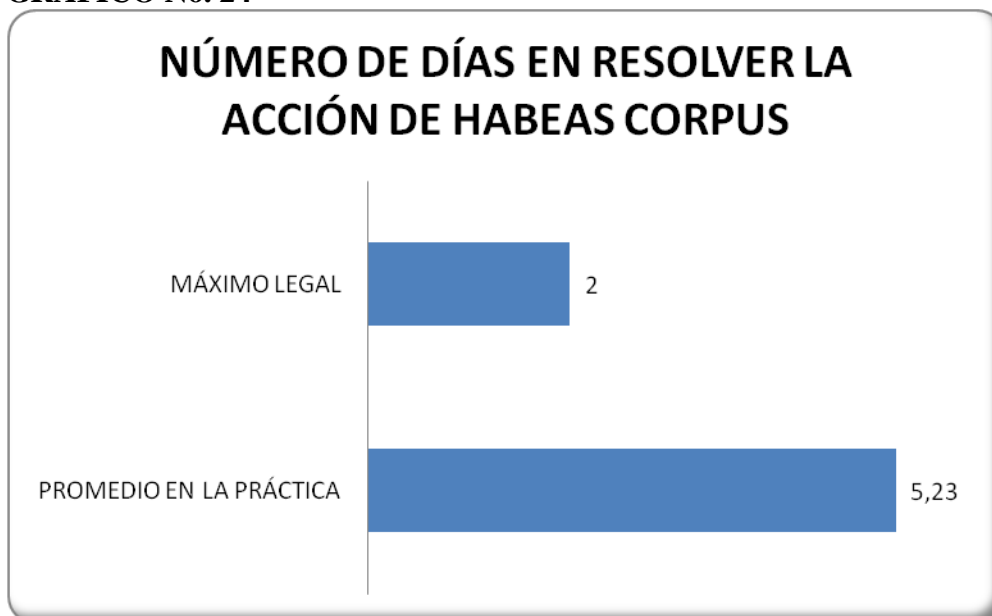


Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

En cuanto al tiempo en que se están tramitando los habeas corpus los datos indican que, pese a ser conocidos ya no por los alcaldes sino por los jueces, continúan excediéndose los plazos legales máximos. Según la Constitución y la LGJCC luego de interpuesta la acción se debe convocar a audiencia en las siguientes 24 horas y resolver sobre la petición en un plazo máximo de 24 horas, es decir el plazo máximo total es de 48 horas. Sin embargo, como muestra el siguiente gráfico, los jueces demoran en resolver más del doble de este plazo legal máximo. Pese a ello, comparado con el lapso de una semana a quince días que demoraban en resolver habeas corpus los alcaldes bajo la Constitución de 1998 hay una importante mejora.

GRÁFICO No. 24

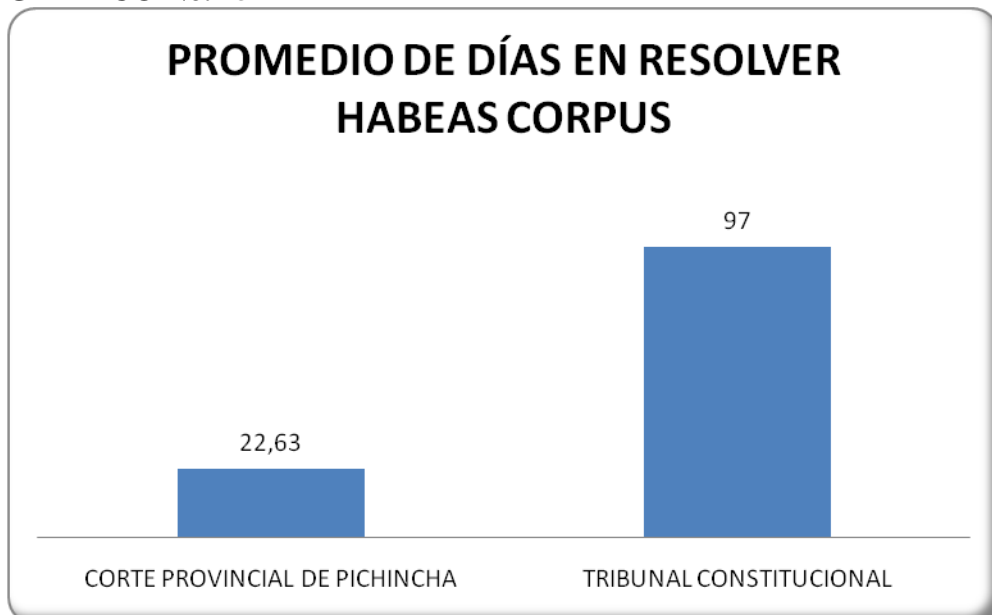


Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

También el tiempo para resolver apelaciones de habeas corpus se ha acortado notoriamente, como lo evidencia el siguiente gráfico. En otras palabras, las Cortes Provinciales están realizando mejor esta labor, al menos en términos temporales, que el anterior Tribunal Constitucional, bajo la Constitución de 1998⁴⁶.

GRÁFICO No. 25



⁴⁶ Los promedios para el Tribunal Constitucional fueron tomados de: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Diagnóstico sobre la Ley Orgánica de Control Constitucional en el Ecuador, Consultoría Nro CDC-017-MJDH-2008.

Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

En conclusión, los habeas corpus se han concentrado en detenciones por alimentos, cuasidelitos de tránsito, problemas migratorios y diversos delitos. Los tiempos legales para resolver no están siendo respetados. Debe también anotarse que en ninguno de los casos de habeas corpus analizados se ordenó mas allá de la libertad otras formas reparación por detención arbitraria ni se remitió el expediente a las autoridades administrativas y Fiscalía para que inicien el procesamiento penal por detención ilegal y arbitraria, pese a que así lo establece la ley.

Acción Extraordinaria de Protección

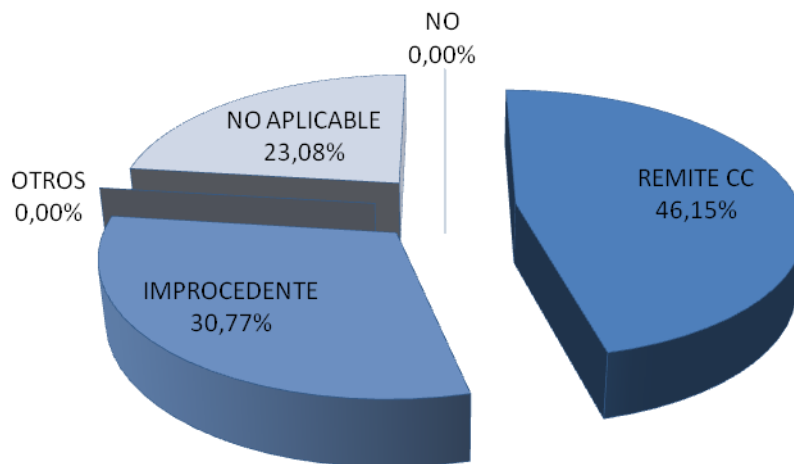
Esta es una garantía jurisdiccional nueva en el Ecuador, consiste en una suerte de amparo contra decisiones judiciales que violen derechos constitucionales. En consecuencia es importante evaluar la forma como esta institución ha comenzado a funcionar en el país. Debe recordarse que conforme a la Constitución, es la Corte Constitucional la que tiene competencia para decidir en estos casos. Sin embargo, muchos jueces se han arrogado esta competencia puesto que al presentar ante ellos la acción juzgan sobre el fondo de la petición, en lugar de limitarse a remitir el expediente a la Corte Constitucional para que sea ésta la que decida.

En efecto, el cuadro que aparece a continuación muestra que al menos tres de cada diez acciones de protección son negadas por los jueces porque ellos las consideran improcedentes. Esta situación no es jurídicamente aceptable puesto que como se indicó, conforme a la Constitución, es la Corte Constitucional la que tiene competencias exclusivas en este sentido.

El examen cualitativo de casos evidenció un patrón en los últimos meses del año de utilización de la acción extraordinaria de protección, como un mecanismo casi automático de impugnación, tras la negativa a la apelación de la acción de protección. De esta forma, se plantea la hipótesis que un mal funcionamiento de las garantías constitucionales ante la justicia ordinaria produzca una saturación de acciones de protección ante la Corte Constitucional.

GRÁFICO No. 26

DECISIÓN DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN



Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

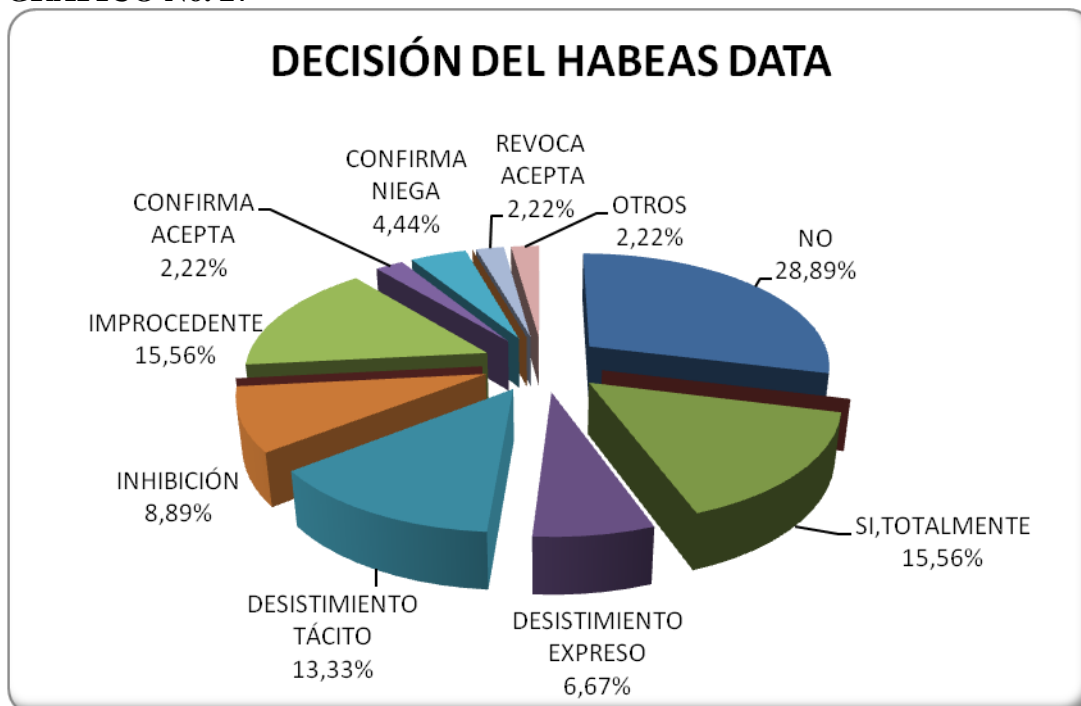
Habeas Data

Como se indicó anteriormente, el habeas data es una garantía de uso marginal. Solo un 5.51 % de los procesos constitucionales comprendidos en este estudio correspondieron a habeas data.

Al analizar esta garantía se evidencia cierta confusión con la acción de acceso a la información puesto que en algunos casos la primera se interponía para obtener información de carácter público o general, cuando el objeto del habeas data se refiere a información personal sensible.

El siguiente gráfico muestra la forma como lo jueces vienen decidiendo ante la interposición de esta garantía.

GRÁFICO No. 27

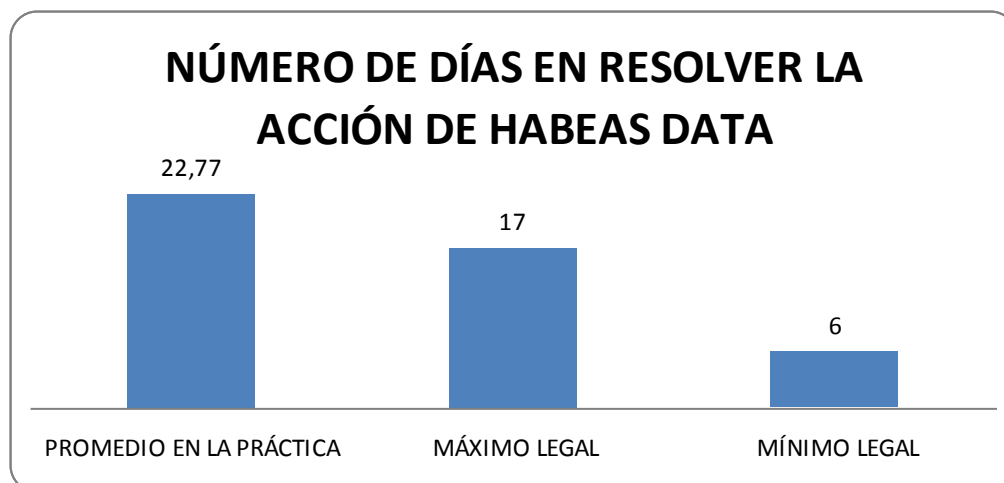


Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

En cuanto a los tiempos en que los jueces resuelven acciones de habeas data el siguiente cuadro muestra que éstos exceden los máximos legales que la LGJCC establece para estos procesos al aplicarles las normas para garantías en general.

GRÁFICO No. 28



Fuente: Función Judicial, Dirección Provincial de Pichincha, Consulta causas por materia, enero a octubre 2010

Elaborado por: Alex Valle, 2010

Conclusiones

- 1) Pese al decidido fortalecimiento de las garantías jurisdiccionales en la Constitución del 2008, estos resultados muestran que las prácticas y cultura judicial así como parte de la legislación actual apuntan en un sentido contrario, una orientación formalista y restrictiva de la protección de derechos.
- 2) La acción de protección, como antes sucedía con el amparo, se halla concentrada en problemas laborales de policías y funcionarios públicos, mostrando incluso mayores niveles de restricción debido a la exigencia legal de agotar primero otros recursos.
- 3) El habeas corpus, con frecuencia, es tramitado por los jueces como un proceso de la justicia ordinaria, sin atender a su urgencia y simplificación, lo cual deriva en una débil protección del derecho a la libertad y del debido proceso.
- 4) El predominio de acciones de protección en la Policía y de habeas corpus en los casos de alimentos genera una utilización mucho mayor de estas garantías por parte de hombres que de mujeres.
- 5) Las medidas cautelares pese a su utilidad para la protección de derechos, no están siendo utilizadas suficientemente por los operadores jurídicos.

- 6) Los tiempos de trámite de estas garantías son aun excesivos respecto a los máximos establecidos constitucional y legalmente, lo cual es contrario a su carácter oportuno y efectivo orientando al establecimiento de medidas urgentes y de reparación integral, como establece la Constitución.
- 7) La carga procesal de los jueces de primer nivel y de los tribunales no puede justificar esta demora puesto que los datos indican que estos jueces conocen solo de una a dos procesos constitucionales por mes. Esta carga procesal es mayor en el caso de las cortes provinciales.

En definitiva, es urgente profundizar en el análisis y sobre todo en las acciones tendientes a una mayor efectividad de las garantías jurisdiccionales. Los datos presentados evidencian aun profundas brechas entre la Constitución escrita y la situación real de los derechos y las garantías de las personas y los colectivos.