

Quito, D.M., 12 de mayo de 2021

CASO No. 58-17-AN

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,
EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y
LEGALES,
EMITE LA SIGUIENTE**

SENTENCIA No. 58-17-AN/21

Tema: La Corte Constitucional resuelve la acción por incumplimiento presentada por Numi Vicente Tsakimp Antun, en calidad de presidente del Consejo de Gobierno del Pueblo Shuar Arutam y por sus propios derechos, en contra del Ministerio de Minería (actual Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables) y el Ministerio del Ambiente, por el presunto incumplimiento del artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. La Corte resuelve rechazar la acción por improcedente.

1. Procedimiento ante la Corte Constitucional

1. Numi Vicente Tsakimp Antun, en calidad de presidente del Consejo de Gobierno del Pueblo Shuar Arutam¹ y por sus propios y personales derechos (en adelante, “el accionante”), presentó una acción por incumplimiento de norma en contra del Ministerio de Minería (actual Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables) y el Ministerio del Ambiente, por el presunto incumplimiento del artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.
2. Mediante auto de 16 de abril de 2018, la Sala de Admisión conformada por los jueces Ruth Seni Pinoargote, Roxana Silva Chicaíza y Francisco Butiñá Martínez, admitió a trámite la acción por incumplimiento planteada.
3. Una vez posesionados los actuales jueces de la Corte Constitucional, en virtud del sorteo efectuado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión de 9 de julio de 2019, la sustanciación de la causa le correspondió a la jueza constitucional Daniela Salazar Marín.
4. Mediante auto de 23 de marzo de 2021, la jueza constitucional Daniela Salazar Marín avocó conocimiento de la causa y convocó a audiencia de contestación de la

¹ La actual presidenta del Pueblo Shuar Arutam es Josefina Tunki, quien compareció a la audiencia pública que tuvo lugar en la presente causa.

demanda; la cual se llevó a cabo el 15 de abril de 2021², con la comparecencia de las siguientes personas: Mario Melo Cevallos en calidad de abogado patrocinador de la accionante, Josefina Tunki, presidenta del Pueblo Shuar Arutam; Nathalie Bedón, delegada del Ministerio del Ambiente, parte accionada; Héctor Borja, delegado del Ministerio de Energía y Recursos Naturales no Renovables, parte accionada; Jenny Karola Samaniego Tello, delegada de la Procuraduría General del Estado; Luis Rodrigo Sánchez Zhiminaycela, vicepresidente del Consejo de Gobierno de la comunidad Indígena CASCOMI, en calidad de tercero con interés; Karolien van Teijlingen, delegada del Colectivo de Geografía Crítica del Ecuador, en calidad de tercero con interés; Carlos Santiago Mazabanda Calles, delegado de Amazon Watch, en calidad de tercero con interés; Laura Rojas Escobar, delegada de Amazon Frontlines, en calidad de tercero con interés; Alicia Granda, delegada de Acción Ecológica y la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos, en calidad de tercero con interés; Inés Nenquimo Pauchi y Francis Andrade, en representación del Consejo de la Coordinación de la nacionalidad Waorani del Ecuador (CONCONAWEP), en calidad de terceros con interés; Yaku Pérez, en calidad de tercero con interés; y Viviana García, delegada de la Contraloría General del Estado, en calidad de tercero con interés.

2. Competencia

5. La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver las acciones por incumplimiento, de conformidad con lo previsto en los artículos 93 y 436 numeral 5 de la Constitución de la República, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 52 al 57 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante “LOGJCC”).

3. Texto de la norma cuyo cumplimiento se reclama

6. La norma presuntamente incumplida según el accionante es el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. En su literalidad, esta norma prescribe lo siguiente:

Art. 92.- Recomendaciones de auditoría.- Las recomendaciones de auditoría, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores, deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio; serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada por la Contraloría General del Estado.

² Cabe señalar que esta audiencia se realizó en una plataforma digital, de conformidad con los artículos 14 y 57 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y en concordancia con la resolución N° 007-CCE-PL-2020 emitida por el Pleno de la Corte Constitucional, el 11 de junio de 2020.

4. Fundamentos de las partes

4.1. Fundamentos de la acción y pretensión

7. En su demanda, el accionante manifiesta que la Dirección de Proyectos y Ambiental de la Contraloría General del Estado efectuó una “*Acción de control: Auditoría de aspectos ambientales a la gestión de los Ministerios del Ambiente, de Recursos Naturales No Renovables y otras instituciones relacionadas con el proyecto Mirador y Panantza-San Carlos de las provincias de Zamora Chinchipe y Morona Santiago, y al análisis de las responsabilidades sobre los daños ambientales producidos en el sitio Kengkuim (Conguime) del cantón Paquisha, provincia de Zamora Chinchipe, por actividades mineras desarrolladas en forma ilegal, por el período comprendido entre el 2 de enero de 2005 y el 27 de abril de 2011*”, que resultó en la aprobación del Informe General de Auditoría DIAPA-0027-2012, el 24 de septiembre de 2013, suscrito por Paul Noboa León, Director de Auditoría de Proyectos y Ambiental de la Contraloría General del Estado.
8. Alega que en el Informe General de Auditoría DIAPA-0027-2012, la Contraloría General del Estado realizó varias recomendaciones a las instituciones públicas relacionadas con el proyecto minero Mirador y Panantza-San Carlos, esto es: **i)** el Ministerio del Ambiente; y, **ii)** el Ministerio de Minería (actual Ministerio de Energía y Recursos no Renovables). Según narra el accionante, las recomendaciones consistieron en lo siguiente:

Al Ministerio de Minería (actual Ministerio de Energía y Recursos no Renovables)	Al Ministerio del Ambiente
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Dispondrá al Viceministro de Minas y al Subsecretario de Minas de Zamora Chinchipe la evaluación de las concesiones mineras del Proyecto Panantza - San Carlos para que se reviertan al Estado, y se proceda con los actos administrativos correspondientes.</i> • <i>Coordinará con la Ministra del Ambiente, a fin de determinar las acciones para realizar un estudio que permita la identificación de las concesiones mineras que afecten a nacimientos y fuentes de agua en procura de su preservación.</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Coordinará (Ministerio de Minería) con la Ministra del Ambiente, a fin de determinar las acciones para realizar un estudio que permita la identificación de las concesiones mineras que afecten a nacimientos y fuentes de agua en procura de su preservación.</i> • <i>Dispondrá al Subsecretario de Calidad Ambiental, la suspensión de los procesos de licenciamiento u otros actos administrativos de los titulares mineros del proyecto Panantza - San Carlos, hasta que se superen los conflictos sociales.</i> • <i>Dispondrá al Subsecretario de Calidad Ambiental, coordinar un proceso documentado de negociación y</i>

	<p><i>mediación de conflictos con otros actores sociales para generar un plan de intervención que ayude a superar la situación en la que se encuentra el Proyecto Panantza - San Carlos, y se fortalezcan las relaciones entre la compañía Explorcobre, el Estado y la Comunidad”.</i></p>
--	--

*Cuadro elaborado por la Corte Constitucional del Ecuador.

9. A decir del accionante, *“hasta la presente fecha tales obligaciones NO han sido cumplidas, ni se ha verificado su cumplimiento por parte de la Contraloría General del Estado”* a pesar de *“sendos requerimientos ante las autoridades administrativas competentes”*.
10. Alega, además, haber realizado un reclamo previo ante los dos ministerios referidos, a lo que denomina *“Requerimientos de cumplimiento del Informe General de Auditoría No. DIAPA-0027-2012”* y adjunta las respectivas constancias.
11. En la audiencia pública de 15 de abril de 2021, Mario Melo Cevallos, en calidad de abogado patrocinador de la accionante, Josefina Tunki, actual presidenta del Pueblo Shuar Arutam, alegó que las obligaciones contenidas en el Informe General de Auditoría DIAPA-0027-2012 no han sido cumplidas hasta la presente fecha a pesar de haber sido emitidas en 2013 y de los reiterados requerimientos a las entidades llamadas de cumplirlas. Añadió que las obligaciones contenidas en el informe antes referido tienen por objeto proteger derechos constitucionales en la ejecución de proyectos de extracción de recursos no renovables. Concluyó que el incumplimiento de las recomendaciones de auditoría, en el presente caso, constituye en sí mismo una vulneración de derechos constitucionales que requiere reparación.

4.2. Posición del Ministerio del Ambiente

12. El Ministerio del Ambiente contestó a la demanda durante la audiencia que se llevó a cabo el 15 de abril de 2021, en los siguientes términos:
 1. A través de la presente acción por incumplimiento se pretende exigir el cumplimiento del Informe General de Auditoría No. DIAPA-0027-2012.
 2. La Contraloría General del Estado ya realizó el respectivo control para verificar si las recomendaciones fueron cumplidas.
 3. Según el informe No. DNAI-AI-0260-2020, expedido por la Dirección Nacional de Auditorías Internas de la Contraloría General del Estado, dentro del examen especial al cumplimiento de recomendaciones emitidas en el Informe General de

Auditoría No. DIAPA-0027-2012, las recomendaciones a cargo del Ministerio del Ambiente fueron cumplidas o no resultaron aplicables.

4. La Contraloría General del Estado cuenta con procedimientos ordinarios para exigir el cumplimiento de las recomendaciones expedidas en procesos de auditoría.

13. En virtud de lo expuesto, solicitó se rechace la acción planteada.

4.3. Posición del Ministerio de Energía y Recursos no Renovables

14. El Ministerio de Energía y Recursos no Renovables contestó a la demanda durante la audiencia que se llevó a cabo el 15 de abril de 2021, en los siguientes términos:

1. No se verifican los presupuestos para que proceda la acción por incumplimiento, en cuanto la norma contenida en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no contiene un sujeto obligado determinado, porque se refiere a las entidades del sector público en general. A su criterio, esta norma tampoco especifica el contenido de la obligación.
2. En la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado se contemplan mecanismos específicos para que este organismo exija el cumplimiento de las recomendaciones expedidas en procesos de auditoría y su incumplimiento deriva incluso en sanciones.
3. El Ministerio de Energía y Recursos no Renovables informó oportunamente a la Contraloría General del Estado sobre la inaplicabilidad de una de las recomendaciones que esta entidad estaba llamada a cumplir y la Contraloría General del Estado no ha declarado su incumplimiento o su cumplimiento defectuoso.

15. En virtud de lo expuesto, solicitó se rechace la acción planteada.

4.4. Posición de la Procuraduría General del Estado

16. En la audiencia pública de 15 de abril de 2021, la Procuraduría General del Estado, presentó los siguientes argumentos:

1. No se verifican los presupuestos para que proceda la acción por incumplimiento, en cuanto la norma contenida en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no contiene una obligación expresa.
2. A través de esta acción se pretende exigir el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Informe General de Auditoría No. DIAPA-0027-2012. Según lo dispuesto por el artículo 31, numeral 12, la única entidad

llamada a exigir el cumplimiento de las recomendaciones de auditoría es la propia Contraloría General del Estado.

17. En virtud de lo expuesto, solicitó se rechace la acción planteada.

4.5. Argumentos de los terceros con interés

18. En la audiencia pública de 15 de abril de 2021, Luis Rodrigo Sánchez Zhiminaycela, vicepresidente del Consejo de Gobierno de la comunidad Indígena CASCOMI, en calidad de tercero con interés, se refirió a las consecuencias ambientales y sociales de la ejecución del proyecto minero Mirador. Alegó, principalmente, la contaminación de las fuentes de agua producida por la falta de cumplimiento con la recomendación de realizar estudios que permitan la identificación de las concesiones mineras que afecten a nacimientos y fuentes de agua.

19. Por su parte, en la misma audiencia, Karolien van Teijlingen, representante del Colectivo de Geografía Crítica del Ecuador, en calidad de tercero con interés, alegó que según análisis geográficos no se han cumplido las recomendaciones contenidas en el Informe General de Auditoría No. DIAPA-0027-2012. Añadió que desde la publicación del informe referido, se han generado nuevas presuntas irregularidades en los proyectos mineros Mirador y San Carlos Panantza. Recomendó, por tanto, la revisión de la legalidad y viabilidad de las concesiones mineras y los proyectos mineros de la zona, incluso más allá del informe No. DIAPA-0027-2012.

20. Carlos Santiago Mazabanda Calles, representante de Amazon Watch, en calidad de tercero con interés, expuso en la audiencia que entre las recomendaciones del Informe General de Auditoría No. DIAPA-0027-2012 constaba la de *“evaulu[ar] las concesiones mineras del Proyecto Panantza - San Carlos para que se reviertan al Estado”*. Alegó que según Geoportal de Catastro Minero de la Agencia De Regulación y Control Minero (ARCOM), las concesiones del proyecto Panantza-San Carlos aún tienen el estatus de inscritas, por lo que concluyó que no se ha cumplido la recomendación antes referida.

21. Laura Rojas Escobar, representante de Amazon Frontlines, en calidad de tercero con interés, alegó en la audiencia que el incumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Informe General de Auditoría No. DIAPA-0027-2012 ha derivado en graves vulneraciones de derechos humanos para las comunidades de la zona en la que se desarrollan los proyectos mineros.

22. Alicia Granda, representante de Acción Ecológica y la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos, en calidad de tercero con interés, alegó en la audiencia que el proyecto minero Panantza- San Carlos, así como otros proyectos de naturaleza similar, han derivado en graves afectaciones a los derechos de los pueblos indígenas de la zona. Añadió que la realización de estos proyectos no contó con las respectivas

consultas previa y ambiental, a las comunidades indígenas y urbanas que se podrían ver afectadas por los mismos.

23. Inés Nenquimo Pauchi y Francis Andrade, en representación del Consejo de la Coordinación de la nacionalidad Waorani del Ecuador (CONCONAWEP), en calidad de terceros con interés, expusieron en la audiencia que la obligación de fiscalización del Estado a los concesionarios mineros de los proyectos mineros en cuestión han sido nulas. Además, alegaron que la autorización de dichos proyectos no contó con la respectiva consulta previa. Se refirieron, además, a los fuertes impactos sociales y ambientales de las actividades mineras en la zona.
24. Yaku Pérez, en calidad de tercero con interés, alegó en el marco de la audiencia que la norma que se alega incumplida sí contiene sujetos obligados a cumplir: los ministerios demandados. Particularmente se refirió a la obligación de realizar un estudio que permita la identificación de las concesiones mineras que afecten a nacimientos y fuentes de agua en procura de su preservación. Añadió que la Contraloría General del Estado no es la única entidad competente para exigir el cumplimiento de las recomendaciones de la Contraloría General del Estado, en vista de que la ciudadanía también puede exigir su cumplimiento si se ve afectada por su incumplimiento. Concluyó que el incumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Informe General de Auditoría No. DIAPA-0027-2012 ha derivado en vulneraciones de derechos constitucionales.
25. Viviana García, delegada de la Contraloría General del Estado, alegó durante la audiencia que las recomendaciones a cargo del Ministerio del Ambiente fueron declaradas cumplidas o no aplicables mediante informe No. DNAI-AI-0260-2020³, expedido por la Dirección Nacional de Auditorías Internas de la Contraloría General del Estado, dentro del examen especial al cumplimiento de recomendaciones emitidas en el Informe General de Auditoría No. DIAPA-0027-2012. Añadió que las recomendaciones a cargo del Ministerio de Energía y Recursos no Renovables fueron declaradas cumplidas o no aplicables mediante informe No. DNAI-AI-0354-2019⁴, expedido por la Dirección Nacional de Auditorías Internas de la Contraloría General del Estado, dentro del examen especial al cumplimiento de

³ Examen Especial al cumplimiento de recomendaciones emitidas en el informe DIAPA-0027-2012 elaborado por la Dirección de Auditoría de Proyectos y Ambiental; y, aprobado por la Contraloría General del Estado el 24 de septiembre de 2013, dirigidas a los servidores del Ministerio del Ambiente, por el período comprendido entre el 24 de septiembre de 2013 y el 31 de agosto de 2019.

⁴ Examen Especial al seguimiento del cumplimiento de las recomendaciones, de acuerdo al ámbito de su competencia, del informe DIAPA-0027-2012 aprobado el 24 de septiembre de 2013, correspondiente al examen especial a la gestión de los Ministerios del Ambiente, de Recursos Naturales No Renovables y otras instituciones relacionadas con los proyectos mineros Mirador y Panantza - San Carlos de las provincias de Zamora Chinchipe y Morona Santiago; y al análisis de las responsabilidades sobre los daños ambientales producidos en el sitio Kenkuim Conguime del Cantón Paquisha, Provincia de Zamora Chinchipe, por actividades mineras desarrolladas en forma ilegal, por el período comprendido entre el 23 de octubre de 2013 y el 15 de febrero de 2019.

recomendaciones emitidas en el Informe General de Auditoría No. DIAPA-0027-2012.

5. Análisis Constitucional

26. Previo a realizar el correspondiente análisis constitucional, este Organismo verifica que la entidad accionante efectivamente cumplió con el requisito del reclamo previo exigido en el artículo 54 de la LOGJCC, tomando en cuenta que el mismo fue dirigido ante las entidades demandadas, con el fin de que se cumpla la norma que se alega incumplida.
27. A efectos de resolver la presente acción por incumplimiento, conforme dispone el artículo 93 de la Constitución en concordancia con el inciso segundo del artículo 52 de la LOGJCC, corresponde a la Corte Constitucional analizar, en primer lugar, si la norma objeto de la presente acción por incumplimiento contiene una obligación de hacer o no hacer. Es decir, la Corte debe verificar que la norma no se limite a definir, describir o permitir, sino que contenga una prestación. Una obligación de hacer o no hacer establece la realización o abstención de una conducta y, para que exista, debe contener los siguientes elementos: (i) el obligado a ejecutar, (ii) el contenido de la obligación; y, (iii) el titular del derecho⁵.
28. Si la norma contiene una obligación de hacer o no hacer, la Corte Constitucional, en segundo lugar, debe analizar, si la obligación de hacer o no hacer es clara, expresa y exigible, sin que exista un orden específico para el análisis de estas tres características. Esta Corte Constitucional ha señalado que una obligación es clara si los elementos de la misma están determinados o son fácilmente determinables⁶; es expresa, si está redactada en términos precisos y específicos de manera que no dé lugar a equívocos⁷; y es exigible cuando no se encuentra sujeta a plazo o condición que esté pendiente de verificarse⁸.
29. Dado que en esta acción se alega el incumplimiento del artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, esta Corte analizará si la norma señalada contiene una obligación de hacer o no hacer y, en caso de que así sea, verificará si dicha obligación cumple las características requeridas. Una vez que se verifique aquello, de ser procedente, se determinará si la norma en cuestión fue incumplida.
30. De la revisión de la norma citada, esta Corte observa: (i) que la norma tiene como sujeto obligado a las instituciones del Estado y a sus servidores; (ii) que el contenido de la obligación es la aplicación obligatoria e inmediata de las recomendaciones de auditoría de la Contraloría General del Estado; y, (iii) que la norma establece que la

⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 38-12-AN/19 de 04 de diciembre de 2019, párr. 34.

⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 023-11-AN/19 de 25 de septiembre de 2019, párr. 33.

⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 37-13-AN/19 de 07 de noviembre de 2019, párr. 38.

⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 11-14-AN/19 de 04 de septiembre de 2019, párr. 37.

Contraloría General del Estado deberá dar seguimiento a su cumplimiento y sancionar su incumplimiento. Es decir, en principio, esta Corte identifica que en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado se determina un sujeto obligado a ejecutar (esto es, las instituciones del Estado y a sus servidores), y se establece un contenido y una forma de ejecutar una obligación (esto es, la aplicación obligatoria e inmediata de las recomendaciones de auditoría de la Contraloría General del Estado).

31. Ahora bien, esta Corte no identifica que la norma en cuestión especifique quién es el titular del derecho frente a la obligación que reconoce. Al respecto, esta Corte observa que la norma que se alega incumplida hace referencia a una obligación general de las entidades y organismos del sector público de aplicar las recomendaciones de auditoría de la Contraloría General del Estado, sin que sea posible identificar quién es el beneficiario de la misma. Por lo expuesto, esta Corte concluye que el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no reúne todos los elementos que componen una obligación que pueda ser objeto de una acción por incumplimiento, en particular, no establece el titular del derecho.
32. Por otro lado, incluso en el supuesto de que la norma contuviese los elementos que configuren una obligación que pueda ser objeto de una acción por incumplimiento (es decir, si se cumpliera con el requisito de que el titular del derecho esté identificado), esta Corte encuentra que la obligación no sería expresa. Esta Corte ha manifestado que *“para que una obligación sea expresa [...] el contenido de la obligación debe estar manifiestamente escrito en la ley, la obligación no debe ser implícita ni producto de una inferencia indirecta”*⁹. En el presente caso, para identificar el contenido específico de la obligación a ser cumplida es necesario remitirse a las obligaciones derivadas de las recomendaciones específicas de la Contraloría General del Estado, por lo que la obligación (de hacer o no hacer) a ser ejecutada por las entidades del sector público no tiene su fuente inmediata en la norma que se alega incumplida.
33. En consecuencia, la norma señalada no reúne los requisitos para que esta Corte proceda a analizar el cumplimiento o no de la misma por parte de los ministerios demandados.

6. Consideraciones adicionales

34. Esta Corte Constitucional ha establecido que la naturaleza de la acción por incumplimiento está orientada a verificar si el legitimado pasivo ha cumplido o no con una norma, una sentencia o una decisión o informe de organismos internacionales de protección de derechos humanos, que contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible¹⁰. En este caso, como se desprende del

⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 15-20-AN/20 de 31 de agosto de 2020, párr. 3

¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 007-15-SAN-CC de 28 de julio de 2015. Caso No. 0022-14-AN.

análisis de la sección precedente, se ha verificado que se alega el incumplimiento de una norma, pero esta no contiene los elementos que configuren una obligación que pueda ser objeto de una acción por incumplimiento, por lo que no procede el análisis del supuesto incumplimiento por parte de los ministerios accionados.

35. Esta Corte considera oportuno señalar que, mediante esta acción, el accionante en realidad pretendía el cumplimiento de las recomendaciones de auditoría contenidas en el Informe General de Auditoría DIAPA-0027-2012. Esta pretensión se desprende con claridad del texto de la demanda; por ejemplo, con la referencia a los reclamos previos realizados a los ministerios presuntamente incumplidos, a los que el accionante denomina “*Requerimientos de cumplimiento del Informe General de Auditoría No. DIAPA-0027-2012*” y adjunta las respectivas constancias. En el mismo sentido, la pretensión de la acción por incumplimiento planteada es que se cumplan las recomendaciones contenidas en el Informe General de Auditoría No. DIAPA-0027-2012 y que la Contraloría General del Estado sancione su incumplimiento.
36. Si bien determinar el cumplimiento o incumplimiento de una recomendación de la Contraloría General del Estado no es parte del objeto de la acción por incumplimiento¹¹, en vista de que estas no constituyen normas jurídicas, esta Corte considera importante reiterar que las recomendaciones de auditoría son vinculantes en virtud de lo dispuesto por la norma que se alega incumplida.
37. Particularmente, esta Corte observa que, de conformidad con el artículo 55 del Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, “[l]a Contraloría General tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, y hará el seguimiento permanente y oportuno para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y controles”. En el mismo sentido, el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado se refiere a la “potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal” que ostenta dicha entidad. Es así que el efecto de la inobservancia de las recomendaciones expedidas por la Contraloría General del Estado –que, por su naturaleza, no constituyen normas jurídicas– es la

¹¹ Un análisis similar se realizó en la sentencia No. 41-17-AN/20, de 8 de julio de 2020, en la que se analizó el presunto incumplimiento del artículo 170 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que prescribe que “[l]as entidades y organismos del sector público deberán dar cumplimiento inmediato a las sentencias ejecutoriadas y pasadas en autoridad de cosa juzgada [...]”. En dicha sentencia, la Corte notó que “los accionantes en realidad pretendían el cumplimiento de una decisión con carácter de cosa juzgada del Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, la cual por sí sola tiene efectos jurídicos que son exigibles a través de los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico”. Añadió que “[s]i bien el ordenamiento jurídico contiene preceptos que coadyuvan al cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales, la obligación per se está dada por la misma sentencia o resolución que se encuentra ejecutoriada y que tiene efectos de cosa juzgada, mas no por las normas jurídicas alegadas como incumplidas en la presente acción”.

responsabilidad administrativa y su determinación es una facultad privativa de la Contraloría General del Estado.

38. Si bien en el marco de esta acción la Corte no ha verificado el incumplimiento de una norma, por la naturaleza jurídica y las limitaciones procesales propias de la acción por incumplimiento, esto no implica una determinación por parte de esta Corte respecto de que las recomendaciones contenidas en el Informe General de Auditoría DIAPA-0027-2012 hayan sido cumplidas de forma completa y oportuna. Como se mencionó en párrafos precedentes, no le corresponde a este Organismo determinar el cumplimiento o incumplimiento de las recomendaciones de la Contraloría General del Estado. Sin embargo, esta Corte nota con preocupación el evidente contraste entre la información respecto del cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Informe General de Auditoría DIAPA-0027-2012 provista por el accionante y los terceros con interés en la audiencia pública de 15 de abril de 2021, y la información que sobre el cumplimiento de dichas recomendaciones ofrecen los ministerios accionados y la propia Contraloría General del Estado.
39. Por lo anterior, esta Corte no puede dejar de observar la importancia de que el seguimiento y control del cumplimiento de las recomendaciones de la Contraloría General del Estado sea ejercido de forma oportuna¹², particularmente cuando su cumplimiento tardío o defectuoso tenga la potencialidad de impactar el goce y ejercicio de los derechos constitucionales:
40. Por ello, esta Corte insta a la Contraloría General del Estado a ejercer de manera oportuna y eficaz sus competencias relativas al seguimiento y exigibilidad de las recomendaciones que emite en el marco de procesos de auditoría.

7. Decisión

41. En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve lo siguiente:
1. **Rechazar** por improcedente la acción por incumplimiento **No. 58-17-AN**.
42. Notifíquese y archívese.

Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

¹² Al respecto, el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado prescribe: *Art. 28.- Seguimiento y control.- La Contraloría General a los tres meses de haber entregado a la entidad examinada el informe definitivo, podrá solicitar a la máxima autoridad o representante legal, que informen documentadamente sobre el estado de la implementación de las recomendaciones*

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con ocho votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría (voto concurrente), Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez (voto concurrente), Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes (voto concurrente); sin contar con la presencia de la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce; en sesión ordinaria de miércoles 12 de mayo de 2021.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA No. 58-17-AN/21

VOTO CONCURRENTE

Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría

1. Estoy de acuerdo, en general, con la sentencia aprobada por mayoría, con base en un proyecto presentado por la jueza Daniela Salazar Marín. Me permito razonar mi voto.
2. Los accionantes del caso son personas que representan al Pueblo Shuar Arutam.
3. La demanda planteada tiene como objeto el presunto incumplimiento del artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado¹ con relación a un informe de Contraloría sobre la gestión de varios ministerios e instituciones sobre el proyecto Mirador y Panantza-San Carlos, *“por actividades mineras desarrolladas en forma ilegal, por el período comprendido entre el 2 de enero de 2005 y el 27 de abril de 2011”*. Entre las recomendaciones que realizó Contraloría estaban actividades de evaluación, coordinación, suspensión de procesos de licenciamiento hasta que se resuelvan los conflictos sociales, realización de estudios sobre concesiones y fuentes de agua.
4. Los accionantes afirman que no se cumplieron las recomendaciones. En cambio, el Ministerio de Ambiente sostiene que sí se cumplieron las recomendaciones; el Ministerio de Energía y Recursos no Renovables afirma que las recomendaciones no son aplicables; la Procuraduría solicita que se rechace acción porque el cumplimiento corresponde a la Contraloría.
5. En este voto quisiera establecer razones sobre algunas cuestiones que considero importante: i) las violaciones a “nuevos” derechos y los pueblos indígenas; ii) ¿conviene la apertura de la acción por incumplimiento? iii) la acción de protección de derechos y los hechos del caso; iv) las consideraciones adicionales en las sentencias.

i) las violaciones a “nuevos” derechos y los pueblos indígenas

6. En el fondo del caso, más allá de las formas y discusiones jurídicas, tenemos a un pueblo indígena y también reivindicaciones sobre las fuentes de agua y la minería. En otras palabras, tenemos derechos colectivos y derechos de la naturaleza involucrados.

¹ *“Recomendaciones de auditoría.- Las recomendaciones de auditoría, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores, deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio; serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada por la Contraloría General del Estado.”*

Estos derechos, con relación a otros derechos en la historia del derecho, podrían considerarse como “nuevos”.

7. El sistema jurídico ha desarrollado, tanto a nivel legal, como jurisprudencial y doctrinario, niveles de comprensión impresionantes sobre ciertos derechos. El más notable es el derecho a la propiedad individual. La titularidad, el contenido y el alcance de estos derechos tienen un nivel de sofisticación enormes. La universidad, en general y lamentablemente, aún tiene como centro de reflexión en la teoría del derecho que abraza y promueve a la propiedad privada por encima de todo lo demás. El efecto es que el aparato de justicia tiene operadores especializados para atender y justiciar estos derechos. Hay problemas, sin duda, que tienen que ver con aspectos como la agilidad en el despacho de causas, la corrupción que a veces marca la decisión más que la norma jurídica y más, que siempre hay que observar y mejorar.

8. El constitucionalismo contemporáneo ha reconocido a nuevos sujetos, como los pueblos indígenas y la naturaleza, y también nuevas acciones, como el control abstracto de constitucionalidad y las garantías constitucionales. El sistema jurídico no ha tenido un desarrollo suficiente para que tanto estos sujetos como los “nuevos” derechos tengan claridad sobre el contenido, el alcance y la eficacia de las acciones constitucionales. La doctrina tampoco ha acompañado este nuevo reconocimiento. Juristas con experticia en temas de derecho civil y todas las derivaciones (comercio, propiedad intelectual, arbitraje y más) pueden obtener con relativa facilidad conocimientos en las universidades y es postgrados. Sin embargo, juristas que se dediquen a pensar y aplicar el derecho desde las personas y colectivos más vulnerables son pocos. Las materias en las universidades sobre estos temas, si es que las hay, son optativas o marginales.

9. Ante estas dificultades jurídicas, a nivel procesal y doctrinario, tengo particular interés y respeto a quienes utilizan el derecho en general y el constitucional en particular de forma creativa y propositiva.

10. La presente acción representa uno de esos casos en los que tanto accionantes como juristas utilizan el derecho de forma “alternativa” a lo que tradicionalmente se espera. Y resaltaría dicha palabra pues lo que están haciendo es precisamente ofrecer alternativas o soluciones ante nuevas situaciones jurídicas.

11. La conjunción de conflictos sociales, derivados de lo que se considera violación de derechos, con pueblos o personas que se consideran víctimas, debe ir acompañada de personas juristas comprometidas y, para que tenga resultado la acción, de jueces y juezas abiertas a nuevas posibilidades de uso de las acciones jurídicas.

12. La Corte Constitucional ha demostrado que, poco a poco, quizá no a la velocidad que los cambios requieran para transformar a través del derecho nuestra realidad de profundas inequidades, está desarrollando los derechos, delibera y discute los casos, y argumenta sus respuestas a la luz de su jurisprudencia y de la doctrina que tiene al alcance. No siempre ha dado la razón, pero siempre ha dado argumentos.

ii) ¿Conviene la apertura de la acción por incumplimiento?

13. La Corte Constitucional en Ecuador tiene más competencias jurisdiccionales que lo normalmente tiene una alta Corte en el derecho comparado. La ventaja de esta regulación es que la Corte tiene la posibilidad de constitucionalizar el derecho en todos los ámbitos en los que puede haber producción jurídica. La desventaja es que le llegan tantas acciones que, como está sucediendo actualmente, acaba por conocer una gran mayoría de causas que tienen soluciones en la justicia ordinaria y que no tienen relevancia constitucional. La peor herencia que ha recibido la Corte, con la actual conformación, es conocer y resolver muchísimos casos mal admitidos, y sin relevancia constitucional.

14. Los procesos de admisión, por la escasez de tiempo y de personal para resolver las causas, deben ser extremadamente cuidadosos. La puerta para entrar a la Corte debe ser pesada.

15. La otra estrategia que debe tener una Corte para desechar casos mal admitidos y sin relevancia constitucional es tener claros los criterios, reglas o estándares para la consideración de una violación a la Constitución.

16. La acción por incumplimiento es de aquellas que, si no hay criterios para valorar cuándo procede, podría abrir una puerta para reclamar todo tipo de norma jurídica que se considera incumplida. Marcando un símil con lo ocurrido con la acción extraordinaria de protección mal entendida como una cuarta instancia. Esto no es lo deseable en modo alguno.

17. La Corte ha establecido reiteradamente en su jurisprudencia que, en la acción por incumplimiento, se debe verificar que la norma no se limite a definir, describir o permitir, sino que contenga una prestación. Una obligación de hacer o no hacer establece la realización o abstención de una conducta y, para que exista, debe contener el obligado a ejecutar, el contenido de la obligación, y el titular del derecho. La Corte ha desarrollado el alcance de cada uno de estos parámetros, como consta en la sentencia aprobada.

18. En un primer momento, cuando se conoció el proyecto de sentencia, me pareció una forma novedosa de proteger los derechos de un pueblo indígena a través de un uso creativo de una acción constitucional. Al mirar la jurisprudencia de la Corte, consideré que se había puesto una vara muy alta y que se podría matizar la jurisprudencia. El matiz que se me ocurría podría ser la consideración de que la norma demandada tendría sentido solo con su aplicación práctica. Desde la aplicación de la norma, se apreciaría de forma clara un irrespeto de la norma y los demás elementos que la sentencia no encontraba.

19. No persistí en la interpretación por varias razones. La una es el efecto de la aceptación de la acción. Suponiendo que se hubiese declarado el incumplimiento de la norma, el cumplimiento efectivo no garantizaría la solución cabal del conflicto social, ni tampoco pudo haber reparado las posibles violaciones a derechos. La otra, como ya expresé es que, a pretexto de atender un problema más profundo y grave a través de un uso creativo de una acción, se abre la puerta para que lleguen a la Corte muchos casos e irrelevantes (como sucede, por ejemplo, con el solo reconocimiento de la acción extraordinaria de protección. Si bien la acción permite reconocer violaciones por parte de la justicia ordinaria, un remedio por algún caso excepcional, atiborró de casos a la Corte Constitucional. Mejor hubiese sido no tener esa competencia y que la Corte desarrolle el contenido de derechos mediante la acción de revisión).

20. Por estas razones, a pesar de reconocer que hay un problema grave de fondo y que hay un uso creativo del derecho, considero que conviene en términos de eficacia y alcance de la acción, desestimar la acción, bajo la premisa de que ese problema de fondo podría ser conocido y resuelto de mejor manera mediante una acción de protección de derechos.

iii) La acción de protección de derechos y los hechos del caso

21. Más allá de conocer sobre la veracidad de los hechos del caso y sobre los argumentos jurídicos que podrían verterse, sin que, por tanto, se pueda considerar un anticipo de criterio sobre el caso, considero que la acción de protección de derechos permite atender las demandas para el fondo del caso.

22. Los problemas sobre proyectos extractivos, pueblos indígenas, fuentes de agua, derechos de la naturaleza tienen, detrás, una confluencia de normas que no siempre están en sintonía. Por un lado, las normas del derecho administrativo, que regulan las relaciones jurídicas entre el Estado y personas naturales y jurídicas. Ahí hay, por ejemplo, licitaciones, concesiones, contratos y más actos jurídicos. Todos tienen requisitos y formas jurídicas que hay que atender. Por otro lado, están los impactos posibles o reales a los derechos de los pueblos indígenas y a los derechos de la naturaleza, que tienen reconocimiento constitucional.

23. Lo ideal es que en todo ámbito del derecho (civil, administrativo, laboral, mercantil) se respete irrestrictamente la Constitución. Si esto sucede, el uso de las garantías constitucionales se tornaría innecesario. Sin embargo, esto no siempre ocurre. Aun cuando las vías jurídicas respetan las formas jurídicas podría suceder que vulneran derechos. La mera formalidad no es una razón suficiente para considerar la validez constitucional de un acto jurídico.

24. La acción de protección permite conocer hechos y discutir derechos. El objeto de la acción de protección es el daño que se produce por una acción u omisión de alguien con poder (político, económico o físico). El objeto de otras acciones, como por ejemplo la que se conoce en esta sentencia, es la norma. En la acción de protección es el titular del

derecho y el daño que provoca violaciones a sus derechos; en la acción por incumplimiento el titular y el daño pasan a un segundo plano o, a veces, no tiene relevancia alguna.

25. En el caso, por ejemplo, no es posible saber -ni es relevante para resolver la causa- los impactos del daño si es que hubiere ni qué derechos supuestamente fueron vulnerados. Esa fase que permite conocer los hechos, el conflicto social, los derechos involucrados, es la probatoria, que precisamente existe en la acción de protección. En consecuencia, cuando hay derechos en juego, hechos que se tienen que conocer y valorar, la mejor opción es realizar una acción de protección.

iv) Las consideraciones adicionales

26. La Corte Constitucional en algunos casos ha establecido un acápite que lo ha denominado “consideraciones adicionales”.

27. Las consideraciones adicionales no suelen expresar *ratio* alguna para resolver el caso, pero ha atendido cuestiones importantes y generales relacionados con el caso que resuelve.

28. En el caso, por ejemplo, la sentencia manifiesta las limitaciones de la acción con respecto a la pretensión de los accionantes, considera la importancia de los informes de Contraloría, refuerza las competencias de la Contraloría establecidas en la ley, menciona sus preocupaciones y observa sobre la importancia de cumplir efectivamente los informes que produce.

29. Si bien, sin duda, se podrían omitir las “consideraciones adicionales” para la decisión del caso, considero que brindan aportes doctrinarios importantes, y como ha ocurrido en otras Cortes, dichos aportes son puntos de partida y una especie de brújula para futuros avances jurisprudenciales, imposibles en su momento.

30. Si el desarrollo de la jurisprudencia constitucional fuese profuso, amplio y consistente, no vería necesidad de este apartado. Pero lastimosamente los tribunales y cortes constitucionales que ha tenido el país no han brindado precisamente la jurisprudencia que una Constitución como la del 2008, cargada de derechos y de categorías novedosas, ha merecido. De ahí que, cuando sea necesario, la Corte puede aprovechar la oportunidad para desarrollar doctrina que puede contribuir a la constitucionalización del derecho.

31. Las “consideraciones adicionales” deben introducirse en las sentencias cuando fuere necesario. Las limitaciones del caso y de la acción a veces impiden resolver una causa como sería lo deseable. El puente entre esa limitación y las posibilidades para evitar posibles situaciones de injusticia puede ser este acápite.

32. En el caso, la Corte a pesar de rechazar la acción, resalta la importancia del caso conocido y también de una institución que, a través del ejercicio responsable de sus competencias, puede respetar y promover derechos reconocidos en la Constitución.

Ramiro Avila Santamaría
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto concurrente del Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría, en la causa 58-17-AN, fue presentado en Secretaría General el 12 de mayo de 2021, mediante correo electrónico a las 18:48; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA No. 58-17-AN/21

VOTO CONCURRENTE

Juez Constitucional Hernán Salgado Pesantes

Con relación con la sentencia No. 58-17-AN/21, me permito emitir el presente voto concurrente, toda vez que me encuentro de acuerdo con la decisión, pero considero la necesidad de realizar algunas puntualizaciones como precisaré en los siguientes términos:

Sobre las consideraciones adicionales realizadas en la sentencia.

1. En la sentencia se señala que la norma cuyo cumplimiento se demanda, esto es el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, no establece el titular del derecho, por lo que no reúne todos los elementos que componen una obligación que pueda ser objeto de una acción por incumplimiento. Así mismo, se establece que, incluso en el supuesto de que la norma contuviese los elementos que configuren una obligación, la misma no sería expresa, dado que para identificar el contenido de la obligación es necesario remitirse a las recomendaciones específicas de los informes de la Contraloría que se alegan incumplidos.
2. Bajo dichos argumentos, con los cuales me encuentro de acuerdo, la sentencia decide rechazar la demanda por improcedente, sin embargo, en el numeral sexto del fallo se realizan varias consideraciones adicionales de las cuales me aparto, por el motivo que expongo a continuación.
3. Las consideraciones adicionales, realizadas en la sentencia, además de resultar innecesarias, podrían implicar un pronunciamiento de esta Corte respecto de cuestiones que no le competen y sobre las cuales no existen elementos suficientes para hacerlo.
4. Así, considero que no le corresponde a este Organismo manifestar su preocupación respecto del supuesto contraste entre la información del cumplimiento del informe de auditoría proporcionada por el accionante y la información proporcionada por los terceros con interés en la audiencia pública, como se lo hace en el párrafo 38, esto, no solo porque no existen los elementos suficientes para hacerlo, sino porque es una cuestión que no le compete a esta Corte, como se dijo anteriormente. Todo ello en el marco de la presente acción.
5. Por lo tanto, en este caso, la Corte Constitucional debía limitarse a establecer que el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no reúne los

elementos para que sea considerada como objeto de acción por incumplimiento, sin expresar criterios respecto del posible incumplimiento de los informes de auditoría emitidos por la Contraloría y sobre los cuales el accionante reclamaba un pronunciamiento de este Organismo.

Dr. Hernán Salgado Pesantes
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto concurrente del Juez Constitucional Hernán Salgado Pesantes, en la causa 58-17-AN, fue presentado en Secretaría General el 19 de mayo de 2021, mediante correo electrónico a las 17:08; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA No. 58-17-AN/21

VOTO CONCURRENTE

Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez

1. En el caso No. 58-17-AN, se conoció la acción por incumplimiento presentada por Numi Vicente Tsakimp Antun, en calidad de presidente del Consejo de Gobierno del Pueblo Shuar Arutam y por sus propios y personales derechos (en adelante, “el accionante”) contra del Ministerio de Minería (actual Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables) y el Ministerio del Ambiente, por el presunto incumplimiento del artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE) y afirmaba que los Ministerios demandados no habían cumplido las recomendaciones producto de una auditoría ambiental efectuada por la Contraloría a concesiones mineras. La norma impugnada establecía:

Art. 92.- Recomendaciones de auditoría.- Las recomendaciones de auditoría, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores, deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio; serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada por la Contraloría General del Estado.

2. En el voto de mayoría No. 58-17-AN/21 principalmente se concluyó que el artículo 92 de la LOCGE “*no reúne todos los elementos que componen una obligación que pueda ser objeto de una acción por incumplimiento*”. Es decir, la norma acusada no cumplía con ser una norma que contiene una obligación clara, expresa y exigible, y por tanto no podía ser objeto de dicha acción conforme a los artículos 93 y 436 numeral 5 de la Constitución de la República, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 52 de la LOGJCC y la misma jurisprudencia de esta Corte Constitucional¹. También se reconoce que las recomendaciones de auditoría no son normas jurídicas y por tanto no pueden ser objeto de esta acción. Por tanto, se resolvió: “**Rechazar por improcedente la acción por incumplimiento No. 58-17-AN**” (énfasis añadido).
3. Si bien comparto el decisorio, así como el análisis constitucional efectuado en el que se demuestra que en el caso *in examine* existe *falta de objeto* y por tanto se rechaza la acción por improcedente, el punto de divergencia del presente voto se circunscribe a que disiento respetuosamente de las “*consideraciones adicionales*” constantes en los párrafos 36 al 40 del voto de mayoría por varias razones.
4. Considero que en estos párrafos (36-40), el voto de mayoría realiza afirmaciones que son incompatibles con la misma decisión y que además exceden de la competencia del Pleno de la Corte Constitucional en el caso concreto pues: **i)**

¹ Véase por ejemplo, Sentencia Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 15-20-AN/20 de 31 de agosto de 2020

realizan consideraciones adicionales relacionadas con el fondo del asunto que se demanda lo que no es procedente cuando la norma no cumple con ser objeto de la acción; **ii)** se pronuncian sobre las alegaciones de las partes procesales, lo que es contradictorio con el mismo análisis constitucional realizado; **iii)** citan normas no relacionadas o inconexas al análisis constitucional e involucran a una entidad pública que no fue demandada.

5. Así, el voto de mayoría reconoce que las recomendaciones de la auditoría efectuadas por la Contraloría General del Estado no son objeto de la acción por incumplimiento al no ser una norma jurídica y al mismo tiempo afirman que estas recomendaciones son vinculantes², que es “*facultad privativa*” de la Contraloría General del Estado determinar responsabilidades y hacer seguimiento para su cumplimiento³, que su cumplimiento defectuoso o tardío tiene la potencialidad de impactar en el goce y ejercicio de los derechos constitucionales⁴.
6. Como es evidente, estas afirmaciones no solo son contradictorias con el análisis constitucional realizado, sino que implican una interpretación del contenido de la norma demandada (*párr. 1 supra*) pues precisamente tratan del cumplimiento de las recomendaciones de auditoría dictadas por la Contraloría, posibles sanciones y competencias de esta. Además, estas afirmaciones responden las alegaciones de las partes, tomando una postura respecto del caso concreto. La parte demandada alegaba la facultad privativa de la Contraloría para verificar el cumplimiento de las recomendaciones, que las mismas ya habían sido declaradas “*cumplidas o inaplicables*” por parte de dicha entidad; mientras que, por otra parte, los accionantes y algunos terceros con interés manifestaban que las recomendaciones no estaban cumplidas y que la ciudadanía también puede exigir el cumplimiento de estas. Tampoco era pertinente realizar un análisis conexo entre el art. 92 LOCGE y otras normas de la misma ley o de su Reglamento⁵ para tomar una

² Párrafo 36, voto de mayoría: “*Si bien determinar el cumplimiento o incumplimiento de una recomendación de la Contraloría General del Estado no es parte del objeto de la acción por incumplimiento², en vista de que estas no constituyen normas jurídicas, esta Corte considera importante reiterar que las recomendaciones de auditoría son vinculantes en virtud de lo dispuesto por la norma que se alega incumplida*”.

³ Párrafo 37 voto de mayoría: “*Particularmente, esta Corte observa que, de conformidad con el artículo 55 del Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, “[l]a Contraloría General tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, y hará el seguimiento permanente y oportuno para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y controles*”. En el mismo sentido, el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado se refiere a la “*potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal*” que ostenta dicha entidad. Es así que el efecto de la inobservancia de las recomendaciones expedidas por la Contraloría General del Estado –que, por su naturaleza, no constituyen normas jurídicas– es la responsabilidad administrativa y su determinación es una facultad privativa de la Contraloría General del Estado”.

⁴ Párrafo 39 voto de mayoría: “*Por lo anterior, esta Corte no puede dejar de observar la importancia de que el seguimiento y control del cumplimiento de las recomendaciones de la Contraloría General del Estado sea ejercido de forma oportuna, particularmente cuando su cumplimiento tardío o defectuoso tenga la potencialidad de impactar el goce y ejercicio de los derechos constitucionales*”.

⁵ Párrafo 37 voto de mayoría *Op. Cit.*

postura que reafirma una competencia de la Contraloría, pues como se dijo, era un punto litigioso entre los alegaciones de las partes y terceros con interés que hubiera sido posible abordar si es que se hubiese entrado a conocer el asunto demandado.

7. Por otra parte, el voto de mayoría afirma que en dicha sentencia no se está pronunciando sobre la norma demandada ni el cumplimiento o no de las recomendaciones de auditoría, sin embargo *“nota con preocupación el evidente contraste entre la información respecto del cumplimiento de las recomendaciones (...) provista por el accionante y los terceros con interés”*⁶ e *“ insta a la Contraloría General del Estado a ejercer de manera oportuna y eficaz sus competencias relativas al seguimiento y exigibilidad de las recomendaciones que emite (...)”*⁷.
8. Disiento respetuosamente de estas afirmaciones, principalmente porque en términos prácticos se está tomando una postura respecto del caso y además se está dando una *disposición* a una entidad que no fue demandada y que sería únicamente oportuna si, luego de un análisis constitucional, se hubiera concedido la acción por incumplimiento con base en el artículo 92 de la LOCGE. De los mismos antecedentes de la sentencia, se observa que la Contraloría General del Estado no fue demandada y que ésta compareció únicamente como tercero con interés, sin embargo, el voto de mayoría reafirma el contenido del art. 92 LOCGE, alude al art. 39 de la misma ley y art. 55 de su Reglamento, para pronunciarse sobre las facultades de la Contraloría y además insta a la Contraloría a cumplir sus competencias, como si estas no hubieren sido cumplidas en el contexto del caso, tomando partida por las alegaciones de los accionantes.
9. Al respecto, considero oportuno recordar que en el presente caso la Corte está conociendo una acción por incumplimiento, y que la configuración constitucional y legal de esta acción plantea ciertos límites para los jueces. Así, no era oportuno pronunciarse sobre el caso concreto en una acción por incumplimiento basada en normas que no cumplen los presupuestos básicos de la acción, ni tampoco es oportuno dictar una disposición, -que tiene efecto vinculante- a una entidad que

⁶ Párrafo 38 voto de mayoría: *“Si bien en el marco de esta acción la Corte no ha verificado el incumplimiento de una norma, por la naturaleza jurídica y las limitaciones procesales propias de la acción por incumplimiento, esto no implica una determinación por parte de esta Corte respecto de que las recomendaciones contenidas en el Informe General de Auditoría DIAPA-0027-2012 hayan sido cumplidas de forma completa y oportuna. Como se mencionó en párrafos precedentes, no le corresponde a este Organismo determinar el cumplimiento o incumplimiento de las recomendaciones de la Contraloría General del Estado. Sin embargo, esta Corte nota con preocupación el evidente contraste entre la información respecto del cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Informe General de Auditoría DIAPA-0027-2012 provista por el accionante y los terceros con interés en la audiencia pública de 15 de abril de 2021, y la información que sobre el cumplimiento de dichas recomendaciones ofrecen los ministerios accionados y la propia Contraloría General del Estado”*.

⁷ Párrafo 40 voto de mayoría: *“Por ello, esta Corte insta a la Contraloría General del Estado a ejercer de manera oportuna y eficaz sus competencias relativas al seguimiento y exigibilidad de las recomendaciones que emite en el marco de procesos de auditoría”*.

no fue demandada. En este sentido considero que las afirmaciones del voto de mayoría (parr. 36-40) inobservan lo previsto en los artículos 52 y 56 de la LOGJCC y termina pronunciándose sobre un caso que no corresponde a esta acción, generando además tensiones con la tutela judicial efectiva y el debido proceso establecido en los artículos 75 y 76 de la Constitución, pues para que exista una respuesta a la pretensiones de las partes debe estar fundamentada en un proceso que se circunscriba al objeto de las acciones y en el que se hayan respetado las garantías mínimas del debido proceso; principalmente, a que solo se puede juzgar a las personas ante un juez competente bajo el trámite propio de cada procedimiento, las garantías del derecho a la defensa y proscripción de la indefensión, entre otras. Por tanto, si bien comparto el decisorio del voto de mayoría No. 58-17-AN/21 y el análisis constitucional me aparto de las argumentaciones tituladas “*consideraciones adicionales*” establecidas en los párrafos 36-40 del voto principal.

Dra. Teresa Nuques Martínez
JUEZA CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto concurrente de la Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez, en la causa 58-17-AN, fue presentado en Secretaría General el 21 de mayo de 2021, mediante correo electrónico a las 13:35; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL